

Oche del Campidoglio

13

Prima edizione gennaio 1995
Sesta ristampa aprile 2017

Titolo originale
Freedom and the Law

Traduzione di Maria Chiara Pievatolo

© 1961, 1972 William Volker Fund

© 1991 Liberty Fund, Inc.

Per gentile concessione di Silvana e Didi Leoni

© 1994 Liberilibri di AMA srl - Macerata

ISBN 978-88-85140-19-6

Bruno Leoni

La libertà e la legge

Introduzione di Raimondo Cubeddu



Nota dell'editore

Sono passati cinquant'anni da quando nel 1961 *Freedom and the Law* vide la luce negli Stati Uniti, e quindici anni dalla sua prima edizione italiana.

Quest'opera di Bruno Leoni ha contribuito in modo significativo alla rinascita del pensare liberale, almeno in ambito accademico.

Ma oggi la cultura politico-economica italiana, dopo essersi emancipata, anche nei codici di linguaggio, da grammatiche costruttiviste, stataliste, assistenzialiste, rischia di ricadere in vecchie superstizioni neosocialiste.

Infatti, a seguito del trauma provocato dalla recente crisi finanziaria, nuovamente si levano accorate invocazioni alla – ben visibile – mano protettrice dello Stato: più leggi, più regolamenti, più sussidi, premi, privilegi, più vincoli all'autonomia negoziale e al mercato, più tasse, più spesa pubblica, più governo. Una mano che nel “proteggere” distrugge la giustizia e la libertà.

Sembrerebbe dunque che la lezione di Bruno Leoni e di altri grandi pensatori liberali, se è riuscita a provocare seri ripensamenti nella intelligenza di casa nostra, forse non è ancora penetrata a fondo nelle coscienze e negli intelletti della gente comune e dei governanti. In ogni caso, nel pieno del riflusso illiberale in atto, siamo certi che la presente quinta ristampa di *La libertà e la legge* continuerà, come hanno fatto le precedenti, a favorire la maturazione di un forte senso di responsabilità individuale, per sconfiggere la sempre risorgente piaga della servitù volontaria.

Indice

<i>XI</i>	Introduzione di <i>Raimondo Cubeddu</i>
-----------	---

La libertà e la legge

3	Premessa
30	Quale libertà?
50	Libertà e costrizione
67	Libertà e <i>rule of law</i>
87	Libertà e certezza del diritto
108	Libertà e legislazione
126	Libertà e rappresentanza
149	Libertà e volontà comune
172	Analisi di alcune difficoltà
194	Conclusione
211	Note
217	Indice dei nomi

Introduzione

1. Come altri eminenti studiosi che hanno lasciato una traccia duratura nella cultura giuridico-politica italiana del Novecento, Bruno Leoni (1913-1967) fu allievo di Gioele Solari all'Università di Torino, dove si laureò in Giurisprudenza nel 1935. Vinta la cattedra nel '42, partecipò alla guerra di liberazione in stretta collaborazione con le forze alleate, e all'insegnamento di filosofia del diritto e di dottrina dello Stato all'Università di Pavia congiunse l'esercizio della professione di avvocato. Lì fondò e diresse la rivista «Il Politico» la quale, tra i tanti meriti, annovera quello di aver introdotto in Italia i temi politologici allora maggiormente dibattuti nella cultura anglosassone, e d'aver presentato pensatori destinati ad incidere profondamente nel dibattito politico-giuridico dei nostri tempi, contribuendo, contemporaneamente, a far conoscere all'estero l'apporto della cultura italiana a tali ambiti del sapere. Si può anzi anche sostenere – come del resto risulta sia dal fatto che *Freedom and the Law* fu pubblicata nel 1961 negli Stati Uniti, ristampata nel 1972, e tradotta in spagnolo, sia dai numerosi corsi tenuti nelle università straniere – che fino alla morte Leoni sia stato lo studioso italiano di scienze sociali del dopoguerra più conosciuto all'estero. Fu segretario e presidente della Mont Pèlerin Society, la prestigiosa società internazionale fondata da Friedrich A. von Hayek nel 1947, che ha annoverato ed annovera tra i suoi membri le più prestigiose figure del liberalismo internazionale, tra le quali vari premi Nobel per l'economia.

E tuttavia, come sovente accade ai pensatori che si sono contrapposti alle tendenze di maggior successo del proprio tempo, dopo la sua morte sul suo nome e sulla sua opera è calato non tanto il silenzio – non sono mancate infatti le rievocazioni, e sovente di grande pregio¹ – quanto l'interesse. Lo sviluppo della scienza politica e della filosofia giuridico-politica nel nostro paese sembra infatti essere andata in direzioni diverse da quelle del pensiero di Leoni, e il suo nome ha così finito per dire qualcosa solo ad allievi, a colleghi, e ad una ristretta cerchia di studiosi liberali. A restituirgli il posto che gli spetta nella storia della nostra cultura politica è così stato Leonardo Morlino che lo ha collocato, accanto e al pari di Norberto Bobbio e di Giovanni Sartori, tra i “rifondatori” della scienza politica italiana.²

A determinare tale dimenticanza è stato da una parte il prevalere della filosofia giuridica kelseniana ed analitica della quale in vita Leoni fu uno strenuo avversario, e dall'altra parte, più in generale, l'eclisse della cultura liberale. Leoni, infatti, fu un pensatore liberale; ma il suo liberalismo è molto diverso, per non dire agli antipodi, da quei liberalismi di ispirazione crociana o gobettiana che in Italia, e per lunghi anni, sono stati intesi come i soli esistenti. Naturalmente, un discorso a parte meriterebbe il liberalismo di Luigi Einaudi destinato, tuttavia, a rievocazioni tanto solenni e ricorrenti, quanto prive di concreti sviluppi culturali e politici. La crisi della cultura liberale in Italia deve molto a tale dimenticanza; come deve non poco al fatto che essa per lungo tempo si sia chiusa all'apporto di quei pensatori come Karl R. Popper – e come, tra gli altri che Leoni aveva introdotto, Hayek, Ludwig von Mises, J.M. Buchanan –, che solo negli ultimi tempi, grazie a Dario Antiseri e a qualche altro studioso, iniziano ad essere conosciuti dal pubblico dei non specialisti.

Eppure, la lettura di Leoni avrebbe contribuito a far chiarezza su alcuni temi, come la distinzione tra *liberalismo* e *liberismo*, che continua ad attirare l'attenzione degli studiosi, dei pubblicisti, e a ricorrere insistentemente nel linguaggio

e nel dibattito politico. Sarebbe bastato leggere Leoni per rendersi conto che quella distinzione, sulla quale tanto avevano dibattuto Croce ed Einaudi, era una distinzione insostenibile. In questo modo, forse, si sarebbe anche evitato il paradosso di interventisti che si professano “liberali” e che in quanto tali si contrappongono ai cosiddetti “liberisti”.

Uno dei maggiori meriti di *La libertà e la legge* è infatti proprio quello di mostrare come quella contrapposizione, fondata su una distinzione tra liberalismo etico-politico e liberalismo economico, sia inconsistente. Anzitutto perché la maggior parte delle istituzioni sociali – come il linguaggio, l’etica, il diritto, lo Stato, il mercato, i prezzi, etc. – non sono tanto l’esito di un progetto deliberato o di un contratto, quanto il risultato non intenzionale di azioni umane che, nel loro tendere al conseguimento di fini soggettivi, si incontrano (e si scontrano) con altre azioni umane dotate delle medesime caratteristiche, dando vita a situazioni nuove ed impreviste che finiscono per configurarsi come punti di riferimento per quanti si propongono il conseguimento di finalità analoghe. In questo modo, poiché tali istituzioni hanno la medesima origine, in quanto esiti di interazioni sociali, viene a cadere la tesi secondo la quale talune sfere dell’azione umana siano più importanti di altre e possano perciò assurgere a rango di punti di riferimento per valutare le azioni umane e i loro esiti. In secondo luogo perché dopo la rivoluzione marginalistica, e la conseguente “teoria dei valori soggettivi”, la tesi della superiorità del liberalismo etico-politico sul liberalismo economico appare priva di senso.

Ma l’opera di Leoni sarebbe potuta anche servire per far luce sulla confusione che sovente vien fatta tra la *tradizione liberale classica* e la *tradizione liberal*. In effetti, vasti settori della cultura di sinistra post-marxista hanno ragione a definirsi liberali, essendo ormai la loro, e indubbiamente, una cultura di ispirazione *liberal*. E tuttavia sarebbe meglio non giocare sui termini, e chiarire che i suoi esponenti sono liberali ed individualisti nella prospettiva entro la quale, nella cultura

politica anglosassone, la cosiddetta tradizione “liberale individualistica” si contrappone al *communitarianism*, e che tutto ciò non ha niente a che vedere con la tradizione del *classical liberalism*, come del resto appare dagli autori ai quali i suoi esponenti si ispirano.

Altre confusioni che gravano sulla cultura politica italiana, e che la lettura di Leoni avrebbe potuto contribuire a dissipare, sono quella relativa alla relazione tra diritto e mercato (che sovente viene intesa come contrapposizione), e quella inerente l’attribuzione di una finalità etica allo Stato. Per un liberale, infatti, non può esservi nessun accostamento positivo tra etica e Stato, essendo lo Stato non tanto un creatore di diritti o di una “etica pubblica”, quanto uno strumento per garantire diritti pre-politici e una delle possibili soluzioni al problema del miglior ordine politico inteso come oggetto della filosofia politica.

La mitizzazione dello Stato come produttore di ordine tramite la legislazione e la pianificazione economico-sociale non è soltanto uno dei temi sui quali l’opera di Leoni si concentra, mostrandone le debolezze teoriche e i rischi politici, ma anche un tema estremamente attuale. Ad essa infatti occorre far riferimento per comprendere le ragioni di fondo della contrapposizione tra la tradizione *liberal* e la tradizione del liberalismo classico. Più che una differenza di obiettivi sociali – che comunque esiste – a distinguere le due sono i mezzi mediante i quali conseguirli. Mentre un *liberal* tenta di subordinare la politica al raggiungimento di finalità etiche (giustizia sociale), e pertanto non appare eccessivamente preoccupato del fatto che il loro conseguimento avrà come conseguenza più o meno prevista un incremento del potere politico, un liberale classico valuterà la realizzabilità dei fini alla luce di tale possibile incremento. La differenza non è da poco, e serve anche a dar la misura di quelli che sono gli assiomi fondamentali della tradizione liberale classica: vale a dire la difesa intransigente della libertà individuale, la consapevolezza dell’insanabile contrapposizione tra il potere e la ricerca

filosofica (soprattutto quando essa ha per oggetto i problemi sociali), e un atteggiamento di diffidente prudenza riguardo la possibilità di incrementare il potere politico per raggiungere fini dei quali – dato il carattere fallibile della conoscenza umana – non possiamo conoscere tutte le possibili conseguenze.

Come ricordato da Arthur Kemp nella commemorazione di Leoni³ e nella *Premessa* alla terza edizione dell'opera,⁴ *La libertà e la legge* nasce da una serie di seminari ai quali, nel 1958, in California, Leoni partecipò insieme a Milton Friedman e ad Hayek. In questo modo – e si trattò indubbiamente di un palese riconoscimento dell'interesse che le sue idee andavano riscuotendo nell'ambito dei più qualificati circoli liberali internazionali –, Leoni si trovò ad esporre le proprie idee contemporaneamente a due tra gli economisti e filosofi politici che – pur nella diversità delle premesse teoriche – avevano maggiormente contribuito a rivitalizzare la tradizione liberale e a farla uscire definitivamente dall'asfissiante abbraccio con la teoria economica classica e con le sue implicazioni politiche.

La libertà e la legge si colloca così a pieno titolo accanto alle altre opere frutto di quei seminari: *Capitalism and Freedom* di Friedman,⁵ e *The Constitution of Liberty* di Hayek.⁶ Tra le tesi sostenute da Leoni, oltre a quella dell'analogia tra pianificazione e legislazione, e tra mercato e *rule of law*, è anche l'assimilazione di quest'ultima al medesimo processo di evoluzione sociale spontanea che include il mercato, la religione, il diritto ed il linguaggio.⁷

Con ciò, Leoni intende affermare che non esistono diverse anime del liberalismo, le quali, forse casualmente, finirono per convergere nella grande stagione del liberalismo ottocentesco pur conservando distinte peculiarità, ma che a fondamento del liberalismo è un unico enunciato teorico il quale può configurarsi diversamente a seconda della prospettiva nella quale viene indagato. A caratterizzare il liberalismo, infatti, non è tanto il suo oscillare tra una concezione “positiva” o “negativa” della libertà, quanto il problema del potere, del

suo controllo, e della sua auspicabile riduzione. Le soluzioni empiriche di questo problema finiscono così per configurarsi come l'unità di misura per qualificare come liberale un'ideologia o una politica sociale. Nel senso che possono essere definite liberali solo le soluzioni che, direttamente o indirettamente, si approssimano all'obiettivo di quella riduzione del potere politico statale che schiude nuovi orizzonti alla libertà individuale. Quest'ultima intesa non come libero sfogo delle pulsioni soggettive, ma come libera discussione e critica dei problemi ritenuti comuni, il cui fine è di vagliare le soluzioni alla luce delle conseguenze indesiderate che esse direttamente o indirettamente implicano.

Quelle tre opere ebbero una profonda influenza nella storia del liberalismo, tant'è che possono essere considerate come un punto di svolta, anche se pochi se ne accorsero. Con esse, infatti, il liberalismo passa da una posizione di difesa e di contenimento, ad un attacco dei miti socialistici ed interventistici. A fondamento di tale svolta, erano una teoria economica che aveva ormai fatto i conti (senza negarne gli aspetti tuttora validi, come l'individualismo) con l'economia classica fondata sulla "teoria del valore lavoro", ed una filosofia politica che, recependo la svolta marginalistica dello spostamento d'attenzione dal produttore al consumatore, non poteva più essere additata come l'espressione ideologica degli interessi dei "detentori dei mezzi di produzione".

A questa svolta, il libro di Leoni contribuisce con elementi di sicura importanza analitica e teorica, offrendo anche previsioni (che allora potevano apparire bizzarre, e che anche oggi, nonostante tutto, sono oggetto di scarsa attenzione) su quello che sarebbe stato l'esito del tentativo di dirigere una società complessa tramite l'attività legislativa e la pianificazione economica.

2. Dalle nuove prospettive filosofico-politiche, giuridiche ed economiche aperte da quelle tre opere, doveva iniziare una nuova stagione del liberalismo. Una stagione che tuttavia

era destinata a dare i suoi frutti solo alcuni lustri più tardi. Basti pensare che il principale obiettivo di quei tre libri era proprio di sfatare – anche tra coloro che si professavano liberali – l'illusione che l'intervento dello Stato nella sfera sociale, economica e culturale, volto a realizzare la “giustizia sociale” fosse da intendere come il compimento della plurisecolare tradizione liberale. Ovvero, di far comprendere che si trattava, appunto, di un'illusione, e che la tradizione liberale non aveva, e non doveva avere, a che fare con la filosofia sociale dell'*Interventionism* e del *Welfare State*. Non si deve infatti dimenticare che, mentre la tradizione liberale ha origine da una rivendicazione della libertà individuale e del primato della società nei confronti del potere statale, la tradizione dell'*Interventionism* e del *Welfare State* è invece l'evoluzione dello “Stato di polizia”. Si tratta, quindi, di due tradizioni diverse non solo per origini storiche, ma soprattutto perché facenti capo a due diverse soluzioni del problema dell'*ordine politico*: vale a dire del principale problema della filosofia politica.

La soluzione verso la quale, pur muovendo da diversi assunti teorici, si indirizzavano Friedman, Hayek e Leoni aveva però bisogno di tempo e di amare esperienze per affermarsi, anche perché doveva incontrare significative resistenze da parte degli stessi pensatori liberali. Essa, oltre che con l'egemonia della cultura socialista, interventistica, col generico “progressivismo”, e con l'avversità delle Chiese cristiane nei confronti del liberalismo e del mercato, doveva ancora vincere una battaglia di idee contro l'influenza, allora quanto mai attiva e vasta, del pensiero di Joseph A. Schumpeter, di Hans Kelsen, contro il lascito culturale della weberiana *wertfreiheit*, ed infine contro la credenza che solo l'applicazione del cosiddetto “metodo scientifico” avrebbe potuto risolvere i problemi delle scienze sociali (credenza nella quale, sotto l'etichetta di “scientismo”, si cela il sogno di un socialismo razionalistico fondato sulla scienza che aveva i propri padri in Claude-Henri de Saint-Simon, Auguste Comte, Léon Walras, Otto Neurath).

Il problema di Leoni è quello della formulazione di una teoria generale del diritto che tenga conto dei pericoli ai quali l'esperienza di un potere legislativo privo di limiti costituzionali (e prodotto da maggioranze politiche) avrebbe esposto le libertà individuali nelle società occidentali. Se il volume di Friedman ha per specifico oggetto il rapporto tra capitalismo concorrenziale e società libera, i volumi di Leoni e di Hayek vertono sul tema della *rule of law* (intesa come il caposaldo della tradizione liberale), indagando sulle conseguenze negative che son derivate dall'aver abbandonato tale orizzonte problematico a favore di una concezione del diritto inteso come produzione legislativa.

Più che una difesa della tradizione liberale dalle critiche marxiste – ciò che a livello di teoria poco interessava tali pensatori, dato che ritenevano il marxismo una dottrina inconsistente a livello scientifico – il problema principale appare quindi la denuncia della minaccia che l'interventismo statale, esprimendosi tramite la legislazione e la pianificazione economica, rappresenta per la libertà individuale. Da qui la riproposizione dell'antagonismo tra libertà individuale e potere statale, tra società e Stato, in un momento storico in cui era diffusa e solida la credenza che bastasse fondare il concetto di sovranità sul concetto di democrazia per rendere superflue le apprensioni circa i pericoli che un potere statale illimitato avrebbe potuto rappresentare per il mantenimento delle libertà individuali. La convinzione che l'attribuzione allo Stato di sempre più vaste competenze in materia economica, giuridica, sociale e politica avrebbe potuto contribuire in maniera decisiva alla soluzione dei problemi sociali che la tradizione liberale non sembrava più in grado di risolvere, aveva infatti il proprio fondamento nella credenza che la via maestra per raggiungere tale obiettivo fosse quella di indurre gli individui a comportarsi nel modo auspicato tramite disposizioni legislative.

In tale maniera, si realizzava un'egemonia del diritto pubblico sul diritto privato che avrebbe finito per trasformare

il diritto da un insieme di norme di comportamento aventi carattere generale ed astratto, in un complesso – necessariamente farraginoso – di direttive a cui fondamento non sarebbero più state la certezza del diritto e la prevedibilità dei comportamenti individuali, indispensabili per l'esistenza di un ordine, ma la desiderabilità di certi comportamenti per raggiungere gli obiettivi che una maggioranza politica avesse ritenuto giusti.

Si trattava, e Leoni ed Hayek furono fra i primi, e fra i pochi, a rendersene conto, della fine di una tradizione politica che si voleva, più o meno consapevolmente, spacciare per il suo compimento. Di qui la loro difesa della tradizione della *rule of law*, e la denuncia dei pericoli ai quali si sarebbe andati incontro abbandonandola.

La libertà e la legge appare quindi pervasa dalla preoccupazione per le sorti della *libertà* (non solo individuale) in un'epoca che vede un incontrollato aumento della *legislazione*, tanto da concepire il diritto esclusivamente come atto di produzione legislativa affidata ai rappresentanti del popolo sovrano. Al suo centro sono perciò le apprensioni connesse all'incremento del potere dei legislatori e, conseguentemente, il problema dell'*inflazione legislativa* visto nei suoi riflessi sulla *certezza del diritto*. Ciò su cui Leoni attira l'attenzione è dunque l'irrazionale fede nella democrazia rappresentativa intesa come fonte di un diritto che può assumere connotati diversi a seconda del mutare delle maggioranze e degli accordi (più o meno trasversali) dei partiti politici e dei gruppi sociali che li esprimono. In conseguenza di ciò, egli avverte come la vita politica si sia progressivamente trasformata in una guerra giuridica di tutti contro tutti combattuta tramite il potere legislativo, col risultato di rendere vana quella «prevedibilità delle conseguenze [che] è una delle premesse indispensabili delle decisioni umane» (p. 83). Movendo dalla critica della tendenza a far dipendere la creazione del diritto dalla rappresentanza politica (pp. 160-61), Leoni giunge così alla sua tesi fondamentale che può essere riassunta nell'affermazione

secondo la quale, al pari della libertà individuale, «nessun libero mercato è veramente compatibile con un processo di legislazione centralizzato da parte di autorità» (p. 99). Quindi, «se ammettiamo che la libertà individuale negli affari, cioè il libero mercato, è uno dei caratteri essenziali della libertà politica concepita come assenza di costrizioni esercitate da altri, autorità comprese, dobbiamo anche concludere che la legislazione in questioni di vita privata è fundamentalmente incompatibile con la libertà individuale» (p. 100).

Di qui la difesa della *rule of law* – studiata nella sua genesi storica nel pensiero giuridico greco e romano, e nei più recenti dibattiti, soffermandosi sulle interpretazioni di A.V. Dicey e di Hayek – intesa quale parte di una tradizione politica che si fonda sulla convinzione che le istituzioni giuridiche siano il prodotto di un processo sociale e culturale che assurge a sistema giuridico tramite l'opera dei giureconsulti, e che può trovare espressione in codici promulgati dal potere politico. In questo modo le istituzioni sociali si configurano come strumenti per consentire una libera e prevedibile dinamica tra le finalità individuali, e in questa prospettiva il ruolo dello Stato è ristretto a quello di garante di tale dinamica.

Storicamente e filosoficamente, tale tradizione di pensiero era nata in opposizione alla concezione dello Stato come supremo ordinatore della sfera sociale⁸ e alla credenza che il presunto dominio che le passioni esercitavano sulla razionalità individuale, e quindi sul suo agire, avrebbe reso impossibile la spontanea formazione di un ordine. La soluzione del problema dell'ordine politico tramite la pianificazione e un incremento della legislazione è dunque espressione di un modo di risolvere il problema dell'ordine politico che si contrappone a quello del liberalismo. E poiché si tratta di due soluzioni inconciliabili, non si può intendere l'interventismo statale come il compimento del liberalismo. Ma in uno Stato che assomma il potere politico al potere economico non sarà neanche possibile mantenere quelle libertà individuali che fanno ormai parte di un irrinunciabile patrimonio ideale.

Hayek e Leoni intendevano appunto ribadire tale impossibilità.

Ovviamente non bisogna dimenticare le diversità,⁹ ma è anche vero che in quegli anni, nello studio della relazione tra diritto, scienze sociali teoriche e fenomeni sociali, Leoni si spinse più avanti di molti altri studiosi, compreso lo stesso Hayek. Il paragone tra legislazione e pianificazione da una parte, e tra *rule of law* e mercato dall'altra,¹⁰ pur non destando sorpresa nella prospettiva della Scuola Austriaca,¹¹ è tuttavia illuminante, in quanto consente di mettere a fuoco il problema del liberalismo in una maniera più immediata di quanto non consentano di fare le argomentazioni hayekiane, le quali, nella diversa dimensione del trattato filosofico-politico, perdono di forza polemica. Quella forza polemica che al contrario, e senza che ciò limiti il carattere scientifico dell'opera, risulta invece evidente in *La libertà e la legge*.

Il problema che si pongono Leoni ed Hayek è infatti quello di riflettere sulla tradizione giuridica del liberalismo al fine di trarre argomenti per consentirne una miglior difesa di contro alle due idee che in quegli anni, nel mondo occidentale, apparivano trionfanti: l'idea di pianificazione economica, e l'idea di legislazione come strumento per realizzare il processo di democratizzazione e la "giustizia sociale".

Nell'istituire il paragone tra pianificazione e legislazione, Leoni si basa su un'argomentazione molto diretta. Entrambe sono concepite come tentativi di eliminare il processo di formazione spontanea delle istituzioni sociali (linguaggio, mercato, diritto) e le regole di condotta generali ed astratte (aventi il fine di rendere prevedibile il comportamento degli attori sociali, compreso lo Stato) che consentono la realizzazione dei fini individuali; e come tentativi di collocare al loro posto una serie di norme di comportamento e di disposizioni atte a conseguire i fini che i pianificatori e i legislatori ritengono – in base a considerazioni etiche e filosofiche – debbano essere perseguiti. Tali disposizioni impongono quindi dei comportamenti che prevalgono sulla libertà individuale e la

riconoscono non nel suo naturale, autonomo ed universale valore, ma in quanto conforme alle finalità sociali della pianificazione e della legislazione.

L'argomentazione di Leoni contro il prevalere di tali ideologie, apparentemente diverse, ma entrambe frutto di quella tradizione di pensiero che, usando la terminologia di Hayek, si potrebbe definire dello "scientismo" o del "razionalismo costruttivistico", ha due principali riferimenti. Il primo è costituito dalla critica "austriaca" alla teoria della pianificazione economica, con la quale si mette in evidenza l'impossibilità di possedere e di accentrare la sterminata mole di informazioni necessarie per far funzionare un tale sistema e per mantenerlo dinamico. Il secondo ha il proprio punto di riferimento nelle critiche che Leoni era andato rivolgendo alla filosofia giuridica kelseniana, e nella definizione del diritto come "pretesa", la quale (come si avrà modo di vedere) ha una stretta connessione con la sua concezione della *rule of law*.

Tale argomentazione è indubbiamente stringente, anche se in quegli anni poteva sembrare bizzarra. Questo poteva avvenire perché i presupposti economico-filosofici del liberalismo della Scuola Austriaca erano poco noti a causa dell'ostracismo decretato dalla egemone cultura marxista, interventista e *liberal*.¹² In un diverso contesto culturale l'opera di Leoni ricevette più meditata attenzione. Oggi, a distanza di trent'anni, dopo la caduta del "socialismo reale" e dei suoi "bizzarri" metodi per realizzare la "giustizia sociale", il concetto di pianificazione economica socialista ed il concetto stesso di socialismo sembrano appartenere ad un passato remoto. Si potrebbe anche pensare che le analisi e le previsioni di Leoni e di Hayek abbiano conquistato menti e cuori, se non ci si accorgesse, invece, che il mito della legislazione resiste nonostante tutto, e nonostante il fatto che Leoni abbia messo in luce come per esso valgano le stesse critiche che possono essere rivolte al mito della pianificazione.

Leoni ed Hayek, in definitiva, se pur non hanno conseguito l'intento di modificare la generale tendenza della cultura

occidentale, e se pure non hanno avuto il merito di aver fatto crollare il “socialismo reale” – caduto per i motivi che loro avevano previsto e non per la diffusione di tale previsione – hanno avuto l’indubbio merito di aver dato alla tradizione liberale strumenti atti a rendere possibile, in quegli anni, una resistenza, e a preparare la rinascita che si rivelerà alla fine degli anni Settanta, parallelamente alla crisi della filosofia sociale keynesiana.

3. La problematica di Leoni presenta quindi marcate affinità con quella della Scuola Austriaca e di Hayek in particolare; e ignorarle può portare a non comprendere appieno il suo orizzonte culturale, che era, per lo meno a partire dal 1952, quello del liberalismo individualistico anglosassone, nell’interpretazione datane da Hayek.

Indirettamente, questa collocazione si palesa anche nella conclusione del saggio *Benedetto Croce pensatore politico*, del 1954, là dove Leoni afferma che «il problema della libertà politica come *indipendenza dalla coercizione* non può risolversi, nella quasi totalità delle comunità politiche, [...] senza risolvere nel contempo il problema della *libertà di mercato* come indipendenza da quella miriade di coercizioni che ogni organizzazione statale negatrice della libertà di mercato, comporta». Pur non dimenticando «la grandezza del suo apporto all’ideologia liberale» – ma individuandola, restrittivamente, «nel suo esempio e nel suo impulso morale» – Leoni rimprovera quindi a Croce di aver fatto «uno slegamento – di cui egli tanto amava gloriarsi – del tradizionale legame tra “liberismo” e “liberalismo”»,¹³ e di essere perciò rimasto parzialmente estraneo alla contemporanea problematica del liberalismo del quale, come si è visto, l’elemento economico è parte inscindibile. Tale contrapposizione alla distinzione crociana, tuttavia, non lo porta ad abbracciare la posizione di Einaudi, quale espressa nel noto dibattito con Croce. Anche a Einaudi, si veda il saggio *Conversazione su Einaudi e Croce*, Leoni rimprovera di essere, come Croce, «avverso ad un

liberismo integrale»: «entrambi condannano [...] con decisione la cosiddetta utopia [...] del liberismo assoluto». ¹⁴ Aggiungendo, «anche a costo di sembrare irriverente», «che questo liberalismo compromissorio mostra talvolta radici teoriche incerte e non appare del tutto sempre convincente ad un discepolo spregiudicato», ¹⁵ Leoni mostra così indirettamente come il suo “liberismo integrale” non solo non sia riconducibile alla tradizione italiana, ma neanche a quella di Thomas Green, Leonard T. Hobhouse, o di Harold Laski i quali, in *Il pensiero politico e sociale dell'Ottocento e del Novecento*, vengono definiti «liberali socialisteggianti» che si proclamavano a torto eredi della «tradizione individualistica e liberale». ¹⁶

L'influenza degli esponenti della Scuola Austriaca su Leoni può essere fatta decorrere dal 1950. In quell'anno, infatti, egli recensisce, in maniera dettagliata e precisa, i volumi *Individualism and Economic Order* di Hayek e *Human Action* di Mises, entrambi pubblicati nel 1948, e le problematiche di Hayek e di Mises messe in luce in quella circostanza torneranno nei suoi successivi scritti. ¹⁷ Si tratta dei temi comuni alla tradizione liberale nella quale Hayek, Mises e Leoni si collocano: vale a dire temi propri della concezione del diritto come *norma di condotta* e non come *norma di organizzazione*. Il comune orizzonte problematico resta infatti quello della preminenza della *società* sullo *Stato*. Di particolare importanza è però lo sviluppo da parte di Leoni del tema mengeriano della nascita “irriflessa” del diritto e della gran parte delle istituzioni sociali. Tanto che si può affermare che essa rappresenti il più compiuto tentativo di sviluppare la tradizione austriaca nel campo della teoria del diritto.

L'influenza degli Austriaci si mostra anche in *Il pensiero politico e sociale dell'Ottocento e del Novecento*, del 1953, dove Leoni, esponendo la propria interpretazione della storia e della problematica teorica del pensiero politico e sociale degli ultimi due secoli, fa propria la definizione e l'interpretazione che Hayek ne aveva dato nel saggio “*Individualism*”: *True and False*, compreso nell'opera *Individualism and*

Economic Order. È opportuno dire che si tratta di una definizione innovativa che è stata oggetto di non poche discussioni. Il fatto che Leoni l'abbia fatta propria è più di una semplice coincidenza. In quel saggio, infatti, egli riprende la distinzione hayekiana tra "individualismo irrazionalistico di tipo anglosassone" e "individualismo razionalistico di tipo francese", «e in particolare cartesiano», non si distacca da Hayek nell'individuare gli esponenti, e scrive che a fondamento dell'individualismo del primo tipo è «una teoria scientifica della società prima ancora che una dottrina politica», e che caratteristica di tale tradizione è di aver scoperto «che molte istituzioni (il linguaggio, i costumi, le regole spontanee della convivenza umana, il mercato) non sono riconducibili ad alcun singolo piano individuale, sebbene sussistano per il concorso spontaneo, attivo e costante di innumerevoli individui». ¹⁸ Dal che si ha indubbiamente un'importante e consistente traccia per comprendere, se non l'origine, almeno i punti di riferimento filosofico-politici del suo individualismo *integrale*, ¹⁹ e come esso si distingua dall'individualismo "atomistico" proprio della tradizione di tipo francese e della tradizione contrattualistica.

A mostrare quanto Leoni si senta vicino a tale Scuola è anche il saggio *Il problema del calcolo economico in una economia di piano*, del 1965. ²⁰ Si tratta di uno dei più lucidi scritti sul problema, nel quale è possibile distinguere una parte espositiva – che riprende le tesi di Mises e di Hayek – ed una parte più originale nella quale Leoni chiarisce una questione particolarmente dibattuta, soprattutto per via della interpretazione che ne dette Schumpeter: vale a dire la collocazione di Vilfredo Pareto e di Enrico Barone nel dibattito sulla possibilità di un calcolo economico in un'economia socialista. Indubbio merito di Leoni in quel saggio è di aver mostrato la inconsistenza della tesi schumpeteriana asserente che Pareto e Barone, insieme a Friedrich von Wieser, avessero mostrato come tale calcolo fosse possibile.

Ovviamente ciò non significa che la problematica filosofico-politica ed economica di Leoni debba o possa essere

ridotta a quella della Scuola Austriaca. Già in *Norma, previsione e "speranza" nel mondo storico*, del 1943, infatti, egli aveva sviluppato la concezione della previsione dell'azione umana e dei suoi risultati in relazione ai problemi economici; ma questi cenni servono a mettere in luce come la prospettiva teorica entro la quale si muove la sua riflessione sia quella dell'analogia tra atti giuridici ed atti economici.²¹

4. Fra Leoni e la Scuola Austriaca esiste quindi un'affinità ideale che investe non solo la comune problematica filosofica, giuridica e politica, ma anche il modo in cui vengono affrontate tematiche specifiche. Tra queste, una trattazione a parte merita la valutazione fortemente critica del pensiero e dell'influenza di Kelsen. Tanto che si può sostenere che uno dei temi centrali di Leoni filosofo del diritto sia proprio la critica radicale della teoria della produzione legislativa del diritto.²²

L'avversione alle idee kelseniane si può desumere – anche se in questa circostanza i riferimenti diretti a Kelsen sono solo due²³ – dalla tesi centrale di *La libertà e la legge*, secondo la quale esiste un'analogia tra economia di mercato e diritto giurisprudenziale da una parte, e tra economia pianificata e legislazione dall'altra parte. Tale opera può essere così intesa come «una critica radicale al processo di formazione del diritto mediante legislazione, ed una formulazione della "rule of law" fatta in modo da tener conto di questo punto di vista critico».²⁴ In questa prospettiva, Kelsen ed il positivismo giuridico sono visti da Leoni come i maggiori esponenti, nell'epoca contemporanea, della corrente di pensiero che identifica il diritto con la legislazione.

Nella "grande dicotomia diritto privato-diritto pubblico", Kelsen si colloca infatti fra i fautori del primato del diritto pubblico, e Leoni fra i fautori del primato del diritto privato.²⁵ È infatti fuori di dubbio che Leoni avesse prontamente colto – anche se non sviluppato – le implicazioni politiche, dirette ed indirette, della filosofia giuridica di Kelsen.

Il tema della filosofia giuridica kelseniana era già stato

affrontato in un saggio, *Oscurità e incongruenze della dottrina kelseniana del diritto*, del 1960,²⁶ nel quale le preoccupazioni politiche sulla sua influenza sono apparentemente meno pressanti di quelle hayekiane. Più che su questi temi, Leoni si sofferma su alcune questioni tecniche della filosofia del diritto di Kelsen. Una prima differenza tra i due modi di valutare il pensiero di Kelsen è quindi connessa all'interesse prevalente – e professionale – di Leoni per la filosofia del diritto. Ma giova anche ricordare che in quegli anni iniziava, in Italia, quella fortuna della filosofia del diritto kelseniana che, oltre a prolungarsi a lungo, era destinata a segnare lo sviluppo della disciplina. Fra gli oppositori italiani di Kelsen e dell'influenza che andavano acquistando le sue teorie, Leoni fu certamente tra i più acuti, e tra i pochi che si resero conto delle sue implicazioni politiche. In quegli anni, infatti, il positivismo giuridico kelseniano era parte integrante di un tentativo di fondare una cultura giuridico-politica democratico-socialista che avrebbe dovuto sostituire la tradizione giuridico-politica liberale, e la scomparsa di Leoni ebbe l'effetto di privare questa ultima di una voce indubbiamente autorevole.

Nella dottrina giuridica kelseniana, Leoni vede il «punto terminale del processo attraverso il quale si mantiene e si esaspera, da un lato, la polemica antigiusnaturalistica già iniziata con fortuna dallo storicismo giuridico, e dall'altro lato si tenta di uscire dall'*impasse* in cui la teoria del diritto era venuta a trovarsi proprio per gli effetti distruttivi di quella polemica». Essa pertanto, si presenta «ad un tempo come una specie di sublimazione della dogmatica e come un ampio e moderno tentativo di risolvere l'annoso problema di una teoria del diritto fondata su concetti universalmente validi». Ma il principale obiettivo della critica, soprattutto alla luce di «taluni eventi della storia recente», consiste nel fatto che l'«identificazione kelseniana del diritto col diritto “positivo” [...] e lo stesso concetto di diritto “positivo”» son diventati «alquanto problematici». Essi infatti, appaiono fondati «su concetti, come quello di creazione ad opera delle autorità legittime,

che non sono in realtà affatto chiari, e che non diventano più comprensibili per il fatto che nella dottrina kelseniana essi vengono assunti come evidenti». ²⁷

Il saggio, che ha il fine di mostrare «l'insufficienza della dottrina kelseniana come teoria generale del diritto», ²⁸ appare concentrato sugli aspetti tecnici del normativismo kelseniano, e indifferente alle preoccupazioni che, di fronte al suo successo, esprimerà in quegli stessi anni Hayek. Ma due anni più tardi, nell'ambito di una relazione avente per tema il rapporto tra diritto e politica, le critiche di Leoni inizieranno a investire la dimensione politica delle dottrine di Kelsen. In quella circostanza, infatti, Leoni presenta la sua concezione del diritto come *pretesa* e la contrappone nettamente alla dottrina kelseniana che riduceva il concetto di "diritto" a quello di "norma".

La sostituzione del concetto di *obbligo* con quello di *pretesa* ha anzitutto un significato filosofico-politico in quanto è la dichiarazione della impossibilità della convivenza della tradizione liberale del diritto (fondata sulla *rule of law*) col normativismo kelseniano. Leoni mostra così come a dar vita ad un ordine giuridico non è l'obbligatorietà del comportamento degli individui di fronte a norme di produzione legislativa, ma lo *scambio di soggettive pretese individuali*... Nel caso di Kelsen, in realtà, come non era chiara, a livello di teoria giuridica, l'origine e la legittimazione del concetto di norma, così, secondo Leoni, non apparivano chiare, a livello di teoria politica, l'origine e la legittimazione del concetto di potere.

Per Leoni, infatti, esiste «una evidente analogia tra gli atti comunemente ritenuti giuridici e quelli comunemente considerati economici», ed egli si riferisce al tipo di economia per la quale «la domanda precede logicamente l'offerta», e per la quale «il bene offerto potrà diventare oggetto di scambio *soltanto se verrà effettivamente domandato*». Ci troviamo in realtà di fronte ad un'applicazione al campo del diritto della *teoria dei valori soggettivi* elaborata dagli economisti austriaci. Ed è lo stesso Leoni ad aggiungere: «chi pretende

sul piano giuridico si trova in una situazione di fatto analoga a quella di chi domanda un bene sul piano economico: in entrambi i casi, chi domanda e, rispettivamente, chi pretende, dà una valutazione positiva, in termini di interesse proprio [...] dei beni e rispettivamente dei comportamenti domandati o pretesi». ²⁹ In questo modo, oltre a fornire un più semplice criterio per distinguere il diritto dalla morale, ³⁰ Leoni giunge anche ad una definizione di diritto:

il concetto cui sembra riducibile il termine *diritto* [...] è quello che potrebbe definirsi *la richiesta di un comportamento* altrui corrispondente ad un nostro *interesse* [...] e considerato inoltre come *probabile* – e comunque più probabile di altri – nell’ambito della convivenza organizzata cui apparteniamo entrambi (noi e la persona il cui comportamento è oggetto di pretesa), nonché, in ogni caso, come *determinabile* mediante un nostro *intervento* (presso tale persona o presso altre) in base ad un *potere* di cui noi, che formuliamo la richiesta, ci consideriamo dotati. ³¹

Leoni vede così sorgere il diritto da

una continua serie di tentativi, che gli individui compiono quando *pretendono* un comportamento altrui [...] Ogni individuo può avere un’idea rudimentale dei comportamenti probabili degli altri individui, e della connessione in cui questi comportamenti si trovano con i propri: la pretesa di ogni individuo contiene, almeno *in nuce*, l’idea di un intero “ordinamento giuridico” (inteso come convergenza o come scambio, e comunque come connessione di pretese) che può coincidere, o meno, con le idee analoghe contenute in nuce nelle pretese altrui.

L’analogia col processo economico è qui palese: come l’ordine del mercato (o *catallassi*) è il risultato degli infiniti tentativi individuali di trovare un equilibrio tra domanda e offerta di beni e di servizi, così il diritto sarà il risultato di uno scambio di pretese che alla fine dà vita ad un ordine fondato sulla prevedibilità dei comportamenti. ³²

Dopo aver applicato il concetto di scambio, tipico della scienza economica, al diritto, Leoni lo estende anche alla

politica: «il fenomeno dello “scambio” del potere sta [...] alla base degli “Stati”, anche se tale scambio è stato finora poco studiato». In questa prospettiva, ogni «scambio crea una “situazione” di sicurezza e di prevedibilità nei rapporti tra gli individui considerati». ³³ Alla base di tutto ciò, come apparirà più chiaramente nel saggio *Obbligo e pretesa nella dogmatica, nella teoria generale e nella filosofia del diritto*, del 1962, è ancora una volta un concetto economico: quello di «scelta in regime di scarsità». ³⁴ Ciò che muove gli individui a entrare in rapporti con altri individui è allora il fatto che scambiando beni, servizi e pretese, appare possibile superare la naturale limitatezza di questi ultimi di fronte all'illimitatezza dei desiderî individuali. Nell'ambito di questa serie infinita di atti di scambio che danno vita alle molteplici istituzioni della vita sociale, il diritto si configura così come «una continua serie di tentativi, che gli individui compiono quando pretendono un comportamento altrui, e si affidano al proprio potere di determinare quel comportamento, qualora esso non si determini in modo spontaneo». ³⁵ Ma a suo fondamento, come nel caso del mercato, del linguaggio e della politica, sono la spontaneità e la prevedibilità dei comportamenti; ciò significa che lo scambio funziona se tutti i partecipanti sono soggetti alle medesime e note regole e se a nessuno è dato il potere di mutarle senza il consenso degli altri.

Movendo dal concetto di scambio quale formulato nella economia “austriaca”, Leoni perviene così ad un'originale teorizzazione dei concetti di diritto, di Stato e di potere. In ognuno di essi – anche se in questa circostanza a tali concetti si è fatto solo un fugace cenno ³⁶ – l'impronta della “teoria del valore soggettivo” è evidente, come è evidente nel concetto di “pretesa” o di “individual claim”.

5. Il tentativo di Leoni di porre le basi di una nuova filosofia delle scienze sociali, della quale il liberalismo sarebbe dovuto essere l'espressione politica, sollecita più d'una riflessione. Soprattutto ci si può chiedere quale sia il rapporto tra la

filosofia politica e la democrazia rappresentativa alla luce delle grandi trasformazioni in atto, e se sia possibile considerare l'eclisse della teoria socialista come una conferma della validità degli ideali democratico-liberali e dei sistemi ad essi ispirati.

Di fronte a questi problemi, l'insegnamento di Leoni è che la crisi dei sistemi democratico-liberali non può essere semplicisticamente risolta sottoponendoli ad opportune cure di "ingegneria costituzionale". Ma la parte più attuale della sua riflessione concerne il ruolo stesso della politica se è bene che i politici non facciano leggi e che non dirigano l'economia. Da questa prospettiva, la sua filosofia sociale si contrappone alle tendenze dominanti negli ultimi due secoli. Ma non bisogna commettere l'errore di scambiare per un tentativo di "restaurare" il liberalismo del *laissez faire*. Tra tale liberalismo ed il nuovo c'è di mezzo la *rivoluzione marginalistica*, quella "teoria dei valori soggettivi" che, superando i paradossi della "teoria del valore-lavoro", e determinando uno spostamento d'attenzione dal produttore al consumatore, apre nuove prospettive al liberalismo ponendo, parimenti, il problema della sua distinzione dalla tradizione democratica.

Nella previsione di Leoni dei pericoli ai quali lo sviluppo dello Stato democratico (che aveva i propri fondamenti ideologici nell'idea di legislazione, di interventismo economico e di giustizia sociale) avrebbe esposto la libertà individuale, e nella sua critica delle realizzazioni di tale Stato, non è quindi da vedere il desiderio di tornare ad un universo politico privo di una rappresentanza democratica. Semmai è da vedere l'indicazione di una via alternativa a quella fin qui seguita. Di contro alla prevalente tendenza ad immaginare la società come un insieme che deve essere ordinato, Leoni riafferma la fiducia che la società possa spontaneamente produrre un ordine fondato sulla prevedibilità dei comportamenti. Ma contemporaneamente ritiene anche che tale ordine non possa derivare da un meccanismo elettorale che faccia prevalere l'associazione di volontà individuali che raggiunge la maggioranza, lasciando soccombere le minoranze. La sua riflessione tende anzi ad

escogitare un sistema politico nel quale i soprusi delle maggioranze non siano possibili. In questa prospettiva sovviene ancora una volta l'esempio del mercato, il quale consente una varietà di scelte molto più vasta di quella consentita dalla politica, e nel quale, per usare una frase di Mises riportata da Leoni, «l'individuo non viene mai posto nella posizione propria del membro di una minoranza dissenziente [...] e costretto ad accettare un risultato contrario alle preferenze da lui espresse». ³⁷

Purtroppo, l'imatura e tragica scomparsa non ha consentito a Leoni di fornire indicazioni concrete sul come proseguire su questa via. Egli ha perspicuamente interpretato il presente come il risultato di uno spostamento dell'attenzione – nel campo della filosofia politica, dalla società allo Stato; nel campo del diritto, dal diritto privato al diritto pubblico; nel campo dell'economia, dalla micro alla macroeconomia – generato dall'aver riposto infondate speranze nelle doti morali dell'uomo e nelle possibilità della ragione e della conoscenza. Ora ci si deve chiedere quanto la sua opera possa contribuire all'elaborazione di una teoria politica (o filosofia sociale) che faccia tesoro di quanto è successo, e abbia il coraggio di ribadire che per difendere i diritti civili, economici e politici, occorre proseguire su un'altra e diversa direzione.

Nel momento in cui sembrava che l'alternativa fosse tra la resa al comunismo o la trasformazione delle democrazie liberali in Stati assistenziali, l'opera di Leoni appare tesa a porre le basi di una nuova cultura politica liberale che dovrebbe raccogliere la sfida dei tempi e cimentarsi direttamente coi problemi lasciati in eredità dal fallimento dell'interventismo statale. La caduta del mito del socialismo e delle sue realizzazioni politiche non può essere sbrigativamente ed erroneamente liquidata affermando la superiorità del modello democratico occidentale. Tale modello, infatti, contiene, sia pur in minor misura, difetti analoghi a quelli del socialismo, difetti che son mitigati solo dall'esistenza del mercato.

Pensare quindi che tale fallimento non possa avere alcuna

influenza sui valori sui quali si regge la tradizione democratica sarebbe un grave errore. Non si può, infatti, rigettare la soluzione del problema della “giustizia sociale” data dai fautori dell’economia pianificata, e contemporaneamente riaffermare la validità della soluzione “democratica” basata sull’interventismo statale. Il problema vero è semmai quello della compatibilità tra sistema di mercato e un intervento dello Stato che distribuisca risorse apparentemente sulla base di motivazioni etiche, ma in realtà sulla base di uno scambio con voti. Oltre alla corruzione della vita politica, ciò introduce infatti fattori di destabilizzazione del quadro politico poiché fa dipendere lo *status* sociale ed economico non dalle richieste dei consumatori, ma dalla forza elettorale. Se nel mercato – che è essenzialmente un processo di informazione basato sulle esigenze individuali e il risultato dello scambio di “pretese soggettive” in un regime di scarsità – si introducono informazioni false (ad esempio che lo *status* sociale ed economico non dipende dal gradimento sociale dei beni e dei servizi che si mettono a disposizione, ma dalla forza elettorale), ciò avrà come conseguenza non solo l’imprevedibilità delle azioni individuali, ma anche l’inefficienza del sistema di scambio delle informazioni che avrebbe dovuto produrre le risorse utilizzabili per “fini sociali”. Detto con diverse parole, il mercato non può essere lo strumento della politica, e ancor meno di una politica volta alla realizzazione di un fine etico come quello della cosiddetta “giustizia sociale” o del “bene comune”. L’interventismo statale, di conseguenza, poiché concepisce gli individui come strumenti, non può avere una giustificazione etica, e tantomeno ha una giustificazione economica.

Leoni, in questo modo, affronta il problema dei rischi che un’estensione illimitata della legislazione avrebbe fatto correre alla libertà individuale e all’esigenza, essenziale per il mantenimento di un ordine politico liberale, della *certezza del diritto*. La prevedibilità dei comportamenti e la certezza del diritto si configurano così come fondamentali per tale tipo

di ordine politico. Esso non potrebbe infatti reggersi sulla legislazione intesa come insieme di norme dispositive che il legislatore-politico può mutare, ma deve basarsi sulla permanenza nel tempo di regole giuridiche spontaneamente prodotte dall'azione individuale, la cui caratteristica sarà la prevedibilità: ciò che rende possibile la convivenza e la realizzazione dei piani individuali.

E tuttavia, anche dal punto di vista della filosofia politica, Leoni lascia aperto il problema della concreta articolazione di un modello istituzionale nel quale ai politici venga tolto il potere di creare il diritto e di occuparsi dell'allocazione delle risorse; vale a dire di quelle potestà sulle quali si regge l'avversato ordinamento politico fondato sull'interventismo statale in ogni sfera dell'attività umana.

Raimondo Cubeddu

Note

Questa introduzione riprende i temi, talora con identiche espressioni letterali, del mio saggio *Friedrich A. von Hayek e Bruno Leoni*, pubblicato su «Il Politico», LVII (1992), n. 3. Ringrazio il direttore, prof. Pasquale Scaramozzino, per avermi consentito di utilizzarlo in questa sede.

- 1 Nel 1982, ad esempio, la rivista «Il Politico», XLVII, n. 1, ha pubblicato gli atti di una commemorazione di Leoni con interventi di M. Stoppino, *La grande dicotomia diritto privato-diritto pubblico e il pensiero di Bruno Leoni*; N. Bobbio, *Bruno Leoni di fronte a Weber e a Kelsen*; U. Scarpelli, *Bruno Leoni e l'analisi del linguaggio*; E. di Robilant, *Diritto e società tecnologica nel pensiero di Leoni*; A. Febbrajo, *L'influenza di Max Weber sulla concezione leoniana del diritto come "pretesa"*; G. Urbani, *Come ricordo Bruno Leoni*; G. Gavazzi, *Conclusioni*.
- 2 Cfr. L. Morlino, *Premessa* in AA.VV., *Scienza Politica*, Torino 1989.
- 3 In *Omaggio a Bruno Leoni*, a cura di P. Scaramozzino, Quaderni della Rivista «Il Politico», n. 7, Milano 1969, pp. 138-41. Tale volume contiene gli atti della commemorazione di Leoni tenutasi all'Università di Pavia nel 1968, e una bibliografia dei suoi scritti.
- 4 Indianapolis 1991, pp. ix-xiii.
- 5 Trad. it. *Efficienza economica e libertà*, Firenze 1967.
- 6 Trad. it. *La società libera*, Firenze 1969.
- 7 Cfr. Stoppino, *Libertà e "rule of law"*, in «Il Politico», XXVI (1961), n. 3, pp. 784-88.
- 8 Non a caso, Leoni viene annoverato da B. L. Benson, *The Enterprise of Law*, San Francisco 1990, p. 344, fra coloro i quali si sono resi conto che «the components of the process of law and order do not have to be produced by government». Sulla concezione del diritto di Leoni si vedano anche le pp. 282-85; nonché C.M. Hoy, *A Philosophy of Individual Freedom*, Westport 1984, p. 91 n.; J. Gray, *Hayek on Liberty*, Oxford 1986², p. 69; Id., *Liberalisms. Essays in Political Philosophy*, London 1989, p. 94; C. Kukathas, in *Hayek and Modern Liberalism*, Oxford 1989, p. 157 n.; P.H. Aranson, *Bruno Leoni in Retrospect*, in «Harvard Journal of Law and Public Policy», XI (1988), pp. 66-711; e, nello stesso numero della rivista, L. P. Liggio, T. G. Palmer, *Freedom and the Law: A Comment on Professor Aranson's Article*, pp. 713-25.
- 9 Il più esauriente confronto tra le due opere è tuttora quello di Stoppino, *Libertà e "rule of law"*, cit.

- 10 Su questi aspetti del pensiero di Leoni, ma anche sul contrasto tra legislazione e certezza del diritto e sull'ordinamento giuridico come sistema informativo, si veda di Robilant, *op. cit.*
- 11 Su tali temi della Scuola Austriaca rinvio al mio *The Philosophy of the Austrian School*, London-New York 1993.
- 12 Cfr. N. Matteucci, *Il filosofo Friedrich A. von Hayek*, in «Filosofia politica», VIII (1994), n. 1, p. 65.
- 13 Saggio ora in *Scritti di scienza politica e teoria del diritto*, a cura di Stoppino, Milano 1980, pp. 128-29.
- 14 In «Biblioteca della libertà», XXII (1987), n. 98, pp. 62-63.
- 15 *Ibid.*, p. 64.
- 16 Cfr. *Il pensiero politico e sociale dell'Ottocento e del Novecento*, in *Questioni di storia contemporanea*, II, a cura di E. Rota, Milano 1952, pp. 1191-92.
- 17 Rispettivamente in «L'Industria», 1950, n. 1, pp. 145-57, e 1950, n. 3, pp. 469-75.
- 18 Cfr. Leoni, *Il pensiero politico e sociale dell'Ottocento e del Novecento*, cit., pp. 1124-28.
- 19 Cfr. Stoppino, *L'individualismo integrale di Bruno Leoni*, saggio introduttivo a Leoni, *Scritti*, cit..
- 20 In «Il Politico», XXX (1965), n. 3, pp. 415-60.
- 21 Cfr. *Scritti* cit., pp. 209, 213, 229, 231, 236. Sul pensiero giuridico di Leoni si veda Febbrajo, *Il problema della scienza giuridica nelle opere giovanili di Bruno Leoni*, in Scaramozzino, a cura di, *op. cit.*, pp. 59-67.
- 22 Cfr. Stoppino, *Libertà e "rule of law"*, cit. p. 782.
- 23 Cfr. *La libertà e la legge*, pp. 33 e 161.
- 24 Cfr. Stoppino, *Libertà e "rule of law"*, cit. p. 771.
- 25 In relazione alla concezione del diritto di Leoni, Buchanan, in *Freedom in Constitutional Contract: Perspectives of a Political Economist*, College Station, Texas, 1977, p. 46, scrive che egli «ha sostenuto in maniera persuasiva la superiorità del "diritto" rispetto alla "legislazione", sviluppando l'interessante analogia tra la struttura del diritto inteso come l'ordine giuridico emergente dalle decisioni separate prese indipendentemente dai giudici [...], e l'ordine economico spontaneo che emerge dalle decisioni separate prese indipendentemente da consumatori e venditori, ciascuno dei quali agisce in base alle limitate informazioni che ha a disposizione. In entrambi i casi il risultato è un ordine non voluto da alcun singolo decisore» (trad. it. *Libertà nel contratto costituzionale*, Milano 1990, p. 50).
- 26 Cfr. Leoni, *Oscurità ed incongruenze nella dottrina kelseniana del diritto*, ora in *Scritti*, cit. A tal riguardo si veda A. Carrino, *L'ordine*

- delle norme. *Politica e diritto in Hans Kelsen*, Napoli 1984, pp. 94, 97, 109, 117, 123.
- 27 Cfr. Leoni, *Oscurità ed incongruenze nella dottrina kelseniana del diritto*, cit., pp. 187-88.
- 28 *Ibid.*, p. 201.
- 29 Cfr. *Diritto e politica*, ora in *Scritti*, cit., p. 209.
- 30 *Ibid.*, p. 211.
- 31 *Ibid.*, p. 212.
- 32 *Ibid.*, pp. 212-13.
- 33 *Ibid.*, pp. 216-17.
- 34 Ora in *Scritti*, cit., p. 230.
- 35 *Ibid.*, p. 240.
- 36 Per una trattazione esauriente, oltre alle opere di Leoni citate, si veda Stoppino, *L'individualismo integrale di Bruno Leoni*, cit.
- 37 Cfr. Leoni, *Natura e significato delle "decisioni politiche"*, cit. p. 21. Cfr. anche *La libertà e la legge* pp. 119ss.

La libertà e la legge

Premessa

Nel nostro tempo sembra destino che debbano essere soprattutto gli economisti, più che i giuristi e gli scienziati politici, a difendere la libertà individuale.

Per quanto riguarda i giuristi, forse la ragione è che essi sono in qualche modo costretti a parlare in base alla loro conoscenza professionale e perciò nei termini degli ordinamenti giuridici. Come avrebbe detto Bacone «essi parlano come se fossero vincolati». Gli ordinamenti giuridici contemporanei cui sono vincolati sembrano lasciare alla libertà individuale un'area sempre più ristretta.

Gli scienziati politici, d'altra parte, spesso pensano alla politica come a una sorta di tecnica ingegneristica che dovrebbe trattare la gente pressappoco nello stesso modo in cui gli ingegneri trattano le macchine e le fabbriche. L'idea ingegneristica della scienza politica ha, in effetti, ben poco in comune con la causa della libertà individuale.

Naturalmente, la scienza politica può essere concepita anche in modo diverso dalle discipline tecniche; può anche essere considerata – sebbene al giorno d'oggi ciò avvenga sempre meno – come uno strumento per mettere il più possibile la gente in grado di agire come preferisce, invece di obbligarla a comportarsi nel modo ritenuto appropriato da certi burocrati.

La conoscenza del diritto, a sua volta, può essere vista in una prospettiva diversa da quella del legale che deve parlare come se fosse vincolato, quando difende una causa in tribunale. Se è sufficientemente esperto, un giurista sa

benissimo come funziona – e in qualche caso come *non* funziona – l'ordinamento giuridico del suo paese. In più, se ha qualche conoscenza storica, può facilmente paragonare i vari modi in cui ordinamenti giuridici successivi hanno funzionato nel medesimo paese. Infine, se ha qualche conoscenza del modo in cui funzionano o hanno funzionato altri ordinamenti, può fare pregevoli paragoni che di solito stanno oltre l'orizzonte sia degli economisti sia degli scienziati politici.

In effetti, la libertà non è solo un concetto economico o politico, ma anche, e forse soprattutto, un concetto giuridico, in quanto comprende necessariamente un intero complesso di conseguenze giuridiche.

Mentre l'impostazione politica, nel senso che ho cercato di delineare, è complementare a quella economica in ogni tentativo di ridefinire la libertà, l'impostazione giuridica è complementare a entrambe.

Tuttavia, manca ancora qualcosa in questo tentativo. Nel corso dei secoli sono state date molte definizioni della libertà; alcune di queste potrebbero essere considerate reciprocamente incompatibili. Ne segue che alla parola si potrebbe dare un senso univoco solo dopo una indagine preliminare di natura linguistica.

Chiunque può dare la propria definizione di libertà, ma se vuole che sia accettata deve produrre argomenti convincenti. Tuttavia il problema non riguarda solo la definizione di libertà, bensì ogni tipo di definizione. È un merito indubbio della filosofia analitica contemporanea aver sottolineato l'importanza della questione. Quindi, per analizzare la libertà, l'impostazione filosofica deve essere combinata a quella economica, politica e giuridica.

Questa non è un'operazione facile. Ci sono ulteriori difficoltà, connesse alla natura peculiare delle scienze sociali e al fatto che i loro dati non sono accertabili così univocamente come quelli delle cosiddette scienze naturali.

Ciò nonostante, nell'analizzare la libertà ho cercato, per quanto è possibile, di considerarla prima come dato, cioè come un atteggiamento psicologico. Ho fatto lo stesso con la costrizione, che è, in un certo senso, l'opposto della libertà, ma è anche l'atteggiamento psicologico sia di chi cerca di costringere, sia di chi si sente costretto.

È indubbio che lo studio degli atteggiamenti psicologici rivela differenze e variazioni, cosicché è difficile formulare una teoria univoca della libertà, e di conseguenza della costrizione, in riferimento ai fatti accertabili.

Ciò significa che persone appartenenti a un ordinamento politico in cui, per tutti e ciascuno, la libertà è difesa e protetta contro la costrizione, non possono evitare di venir costrette almeno nella misura in cui la loro interpretazione della libertà, e dunque anche della costrizione, non coincide con l'interpretazione prevalente nel sistema.

Tuttavia, sembra ragionevole pensare che queste interpretazioni non differiscano tanto da destinare al fallimento ogni tentativo di pervenire a una teoria della libertà politica. Possiamo assumere che, almeno entro una medesima società, le persone che cercano di costringere gli altri e quelle che cercano di non essere costrette abbiano approssimativamente la stessa idea di costrizione. Si può dunque dedurre che esse hanno approssimativamente la stessa idea di che cosa si intenda per assenza di costrizione: e questo è un assunto importantissimo per una teoria della libertà come assenza di costrizione, come quella qui proposta.

Per evitare equivoci, va aggiunto che una teoria della libertà come assenza di costrizione, per quanto ciò possa apparire paradossale, non predica l'assenza di costrizione in tutti i casi. A volte le persone devono essere costrette per proteggere la libertà degli altri. Ciò è fin troppo evidente quando le persone devono essere difese da assassini e rapinatori, mentre non lo è quando la protezione si riferisce a vincoli e a libertà che non sono altrettanto facili da definire.

Tuttavia, uno studio spassionato di quel che sta accadendo nella società contemporanea mostra non solo che la costrizione è inestricabilmente intrecciata con la libertà proprio nel tentativo di proteggere quest'ultima, ma anche, sfortunatamente, che secondo molte dottrine l'aumento della costrizione rappresenta un aumento di libertà. Direi che questo non è soltanto un evidente fraintendimento, ma anche una circostanza sinistra per il destino della libertà individuale.

Spesso la gente intende per "libertà" sia l'assenza di costrizione, *sia anche qualcos'altro* – per esempio, come avrebbe detto un insigne giudice americano «un grado di sicurezza economica sufficiente a permettere al suo possessore di vivere in modo soddisfacente». Molto spesso non ci si rende conto delle possibili contraddizioni fra questi due diversi significati di libertà e dello spiacevole fatto che non si può adottare il secondo senza sacrificare, in un certo grado, il primo e viceversa. Questa visione sincretistica della libertà si basa semplicemente su una confusione semantica.

Altri, sostenendo che la costrizione deve essere aumentata per accrescere la "libertà", passano semplicemente sotto silenzio il fatto che la "libertà" di cui parlano è solo la loro, mentre la "costrizione" che vogliono accrescere deve esercitarsi sugli altri. Il risultato finale è solo la libertà di costringere altri a fare cose che non farebbero mai se fossero liberi di scegliere da sé.

Oggi la libertà e la costrizione si impernano sempre di più sulla legislazione. In generale ci si rende pienamente conto dell'importanza straordinaria della tecnologia nei mutamenti delle società contemporanee, mentre sembra che non ci rendiamo conto in pari misura dei mutamenti paralleli prodotti dalla legislazione, spesso senza nessun nesso necessario con la tecnologia. E ci si rende conto ancor meno che l'importanza di questi ultimi mutamenti dipende,

a sua volta, da una rivoluzione silenziosa nelle idee sulla vera funzione della legislazione. In effetti, il peso crescente della legislazione in quasi tutti gli ordinamenti giuridici del mondo è probabilmente il carattere più impressionante della nostra epoca, oltre al progresso tecnologico e scientifico. Mentre la *common law* dei paesi anglosassoni e le corti di giustizia ordinarie stanno costantemente perdendo terreno a favore della legge scritta e delle autorità amministrative, nei paesi continentali il diritto civile sta subendo un parallelo processo di sommersione per le migliaia di leggi che riempiono i codici ogni anno. Solo sessant'anni dopo l'introduzione del codice civile tedesco e un po' più di un secolo e mezzo dopo l'introduzione del Code Napoléon, la stessa idea che il diritto possa non coincidere con la legislazione sembra bizzarra sia agli studiosi sia ai profani.

Oggi la legislazione sembra un rimedio veloce, razionale e di ampia portata contro ogni genere di male e di inconvenienti, se paragonato, ad esempio, alle decisioni giudiziarie, alla soluzione delle dispute da parte di arbitri privati, alle convenzioni, ai costumi e ad altri tipi di sistemazioni spontanee da parte degli individui. Un fatto che non viene notato quasi mai è che il rimedio della legislazione può essere troppo veloce per essere efficace, troppo imprevedibilmente ampio per essere del tutto benefico, e connesso troppo direttamente con le opinioni e gli interessi contingenti di un manipolo di persone – i legislatori, chiunque essi siano – per essere un rimedio per tutti gli interessati. Anche quando si nota tutto questo, la critica è di solito diretta contro leggi particolari piuttosto che contro la legislazione come tale, e si cerca sempre il nuovo rimedio in “migliori” leggi, piuttosto che in qualcosa di completamente diverso dalla legislazione.

I sostenitori della legislazione – o piuttosto della nozione di legislazione come panacea – giustificano questa identificazione totale della legislazione col diritto, indicando i

continui mutamenti prodotti dalla tecnologia. Lo sviluppo industriale, secondo loro, porta con sé moltissimi problemi che le società precedenti non erano attrezzate a risolvere con le loro idee di diritto.

Faccio notare che manchiamo ancora della prova che i molti problemi nuovi cui si appellano questi patrocinatori dell'inflazione legislativa siano realmente prodotti dalla tecnologia,¹ o che la società contemporanea sia meglio attrezzata a risolverli delle società precedenti che non identificarono mai così vistosamente il diritto con la legislazione.

L'attenzione di questi sostenitori dell'inflazione legislativa come inevitabile effetto collaterale del progresso scientifico e tecnologico deve essere rivolta al fatto che lo sviluppo della scienza e della tecnologia, da una parte, e quello della legislazione, dall'altra, si basano su due idee *del tutto differenti* ed anche contraddittorie. In realtà, lo sviluppo della scienza e della tecnologia all'inizio della nostra era moderna fu reso possibile grazie a procedure adottate in contrasto totale con quelle consuete della legislazione. La ricerca tecnica e scientifica richiedeva e richiede ancora l'iniziativa e la libertà individuali perché possano prevalere, eventualmente anche contro autorità contrarie, le conclusioni e i risultati ottenuti dagli individui. La legislazione, d'altra parte, è il punto terminale di un processo in cui prevale sempre l'autorità, proprio contro la libertà e l'iniziativa individuali. Mentre i risultati scientifici e tecnologici sono sempre dovuti a minoranze relativamente piccole o a individui particolari, spesso in opposizione a maggioranze ignoranti o indifferenti, la legislazione, specialmente oggi, riflette sempre la volontà di una maggioranza contingente entro un consiglio di legislatori che non sono necessariamente più istruiti o illuminati dei dissidenti. Ove prevalgono le maggioranze e le autorità, come nella legislazione, gli individui devono, a ragione o a torto, arrendersi.

Un altro aspetto caratteristico della legislazione nelle

società contemporanee – a parte pochi esempi di democrazia diretta in piccole comunità politiche come il *Lands-gemeinde* svizzero – è che i legislatori sono assunti come *rappresentanti* dei cittadini nel processo legislativo. Qualsiasi cosa questo significhi – cercheremo di scoprirlo nelle pagine seguenti – è evidente che la rappresentanza, come la legislazione, è qualcosa di assolutamente estraneo alle procedure del progresso scientifico e tecnologico. La stessa idea che uno scienziato o un tecnico debba essere “rappresentato” da altri nel corso della ricerca scientifica o tecnica sembra tanto ridicola quanto l’idea che la ricerca scientifica debba essere affidata non a individui particolari, che agiscono come tali anche quando collaborano in un gruppo, ma a qualche genere di consiglio legislativo col potere di decidere a maggioranza.

Nondimeno, un modo di decidere che sarebbe rifiutato nei campi scientifici e tecnici viene adottato sempre più nell’ambito del diritto.

Ne risulta una specie di schizofrenia, che non è stata denunciata, anzi, è passata quasi del tutto inosservata.

La gente si comporta come se il suo bisogno di iniziativa e decisione individuali fosse quasi completamente soddisfatto dal suo accesso personale ai benefici delle conquiste scientifiche e tecnologiche. Abbastanza bizzarramente, i corrispondenti bisogni di iniziativa e decisione individuali nella sfera politica e giuridica sembrano soddisfatti da procedure cerimoniali e quasi magiche come l’elezione di “rappresentanti”, che si presume sappiano, in virtù di una misteriosa ispirazione, che cosa vogliono realmente i loro elettori, e siano in grado di decidere corrispondentemente. È vero che, almeno nel mondo occidentale, gli individui hanno ancora la possibilità di decidere e agire come tali in molti campi: nel commercio – almeno in gran parte –, nel linguaggio, nei rapporti personali e in molti altri tipi di relazioni sociali. Tuttavia, essi sembrano aver accettato

in linea di principio e una volta per tutte un ordinamento in cui un manipolo di persone, che raramente conoscono, può decidere che cosa tutti debbano fare, entro limiti definiti in modo vago o praticamente senza nessun limite.

Il fatto che i legislatori, almeno in Occidente, si astengano ancora dall'interferire in alcuni campi dell'attività individuale – come parlare, scegliere il coniuge, indossare un tipo determinato di abbigliamento, viaggiare – nasconde di solito il crudo fatto che essi hanno effettivamente il potere di interferire in ciascuno di questi ambiti. Ma altri paesi, offrendo già un quadro completamente differente, mostrano allo stesso tempo fin dove i legislatori possano spingersi. D'altra parte, sempre meno gente ora sembra rendersi conto che, come la lingua e la moda sono un prodotto della convergenza di azioni e decisioni spontanee da parte di un grande numero di individui, così anche la legge può allo stesso modo essere, in teoria, il prodotto di una simile convergenza in altri ambiti.

Oggi, il fatto che non sia necessario affidare ad altri il compito di decidere, per esempio, come dobbiamo parlare o come dobbiamo passare il tempo libero ci impedisce di renderci conto che lo stesso dovrebbe valere per moltissime altre azioni e decisioni che ascriviamo alla sfera del diritto. La nostra nozione attuale di diritto è senza dubbio influenzata dalla troppa importanza che attribuiamo alla funzione della legislazione, cioè alla *volontà di altri* – chiunque essi siano – *riguardo al nostro comportamento quotidiano*. A questo proposito, cercherò di chiarire più avanti una delle conseguenze principali di tali idee. Noi siamo veramente lontani dal realizzare con la legislazione la certezza ideale del diritto, nel senso pratico che questo ideale dovrebbe avere per chi fa progetti per il futuro e deve sapere, perciò, quali saranno le conseguenze giuridiche delle sue decisioni. Mentre la legislazione è quasi sempre *certa*, cioè precisa e riconoscibile, finché è “in vigore”, non si può mai essere

certi che la legislazione in vigore oggi sarà in vigore domani. L'ordinamento giuridico incentrato sulla legislazione, comportando la possibilità che altri – i legislatori – interferiscano ogni giorno con le nostre azioni, implica anche la eventualità che essi cambino ogni giorno il loro modo di interferire. Come conseguenza, si impedisce alla gente non solo di decidere liberamente che cosa fare, ma anche di prevedere gli effetti giuridici del suo comportamento.

È innegabile che oggi questo esito è dovuto sia all'inflazione legislativa, sia all'enorme incremento della attività quasi-legislativa o pseudo-legislativa del governo, e non si può fare a meno di essere d'accordo con autori e studiosi come James Burnham negli Stati Uniti, G.W. Keeton in Inghilterra e F. A. Hayek che, in anni recenti, hanno deplorato amaramente l'indebolimento del potere legislativo tradizionale del Congresso degli Stati Uniti e del parlamento britannico in conseguenza di un ampliamento delle attività quasi-legislative dell'esecutivo. Tuttavia, non si può dimenticare il fatto che il crescente potere dei funzionari governativi può essere sempre ricondotto a qualche norma scritta che li legittima a comportarsi, a piacimento, come legislatori, e ad interferire così, quasi ad arbitrio, con ogni tipo di interesse e attività privati. La situazione paradossale del nostro tempo è che siamo governati da uomini non perché, come sosterebbe la classica teoria aristotelica, non siamo governati da leggi, ma perché *lo siamo*. In tali condizioni sarebbe poco utile invocare la legge contro questi uomini. Neppure Machiavelli sarebbe riuscito ad escogitare uno stratagemma più ingegnoso per conferire dignità alla volontà di un tiranno che finge di essere un semplice funzionario, agente entro la struttura di un ordinamento perfettamente legittimo.

Se si apprezza il valore della libertà individuale di azione e di decisione, non si può evitare di concludere che ci deve essere qualcosa di sbagliato nell'intero sistema.

Non dico che la legislazione debba essere del tutto abbandonata. Probabilmente ciò non è mai successo in nessun paese. Sostengo, tuttavia, che la legislazione è senz'altro incompatibile con l'iniziativa e la decisione individuali quando raggiunge un limite che le società contemporanee sembrano aver di gran lunga oltrepassato.

Suggerisco caldamente che *chi apprezza la libertà individuale rivaluti il ruolo dell'individuo entro l'ordinamento giuridico nel suo complesso*. Non è più questione di difendere questa o quella libertà particolare – di scambio, di parola, di associazione, etc., – né di decidere quali legislazioni “buone” dobbiamo adottare al posto di altre “cattive”. Si tratta di decidere se la libertà individuale sia compatibile in linea di principio con gli attuali ordinamenti, incentrati e quasi completamente identificati con la legislazione. Questa può sembrare un'opinione piuttosto radicale. Non nego che lo sia. Ma le prospettive radicali sono talvolta più fruttuose delle teorie sincretistiche che servono a nascondere i problemi più che a risolverli.

Per fortuna non serve rifugiarsi in Utopia per trovare ordinamenti giuridici diversi da quelli attuali. Sia la storia romana sia quella inglese ci danno, per esempio, una lezione del tutto differente da quella dei sostenitori dell'inflazione legislativa. Oggi tutti lodano, a parole, i Romani, non meno che gli Inglesi, per la loro saggezza giuridica. Tuttavia, pochissimi comprendono in che cosa consistesse questa saggezza, cioè quanto questi sistemi fossero indipendenti dalla legislazione per quel che riguardava la vita normale delle persone e perciò quanto fosse ampia la sfera della libertà individuale a Roma e in Inghilterra nei secoli in cui i rispettivi ordinamenti giuridici avevano il massimo successo e la più grande fioritura. Ci si può addirittura chiedere perché si studi la storia del diritto romano o inglese se si dimentica ampiamente, o semplicemente si ignora, il loro aspetto essenziale.

I Romani e gli Inglesi condividevano l'idea che il diritto è qualcosa da *scoprire* piuttosto che da *decretare* e che nessuno è così potente nella società da essere in posizione di identificare la sua propria volontà con la legge del paese. Il compito di "scoprire" la legge era affidato nei loro paesi rispettivamente ai giureconsulti e ai giudici, due categorie paragonabili, almeno fino a un certo punto, agli esperti scientifici di oggi. Il fatto appare ancor più impressionante se consideriamo che i magistrati romani, da una parte, e il parlamento britannico, dall'altra, avevano in linea di principio – e il secondo ha tuttora – un potere quasi dispotico sui cittadini.

Per secoli, anche nel continente, la tradizione giuridica era lungi dal gravitare intorno alla legislazione. L'adozione del *Corpus Juris* giustiniano nei paesi continentali ebbe come conseguenza una attività particolare da parte dei giuristi, il cui compito era ancora una volta di scoprire quale fosse la legge, in modo in gran parte indipendente dalla volontà dei governanti di ciascun paese. Perciò il diritto continentale fu chiamato, piuttosto appropriatamente, "diritto dei giuristi" (*Juristenrecht*) e non perse mai questo carattere, neppure sotto i regimi assolutistici precedenti la Rivoluzione francese. Anche la nuova era della legislazione all'inizio del diciannovesimo secolo cominciò con l'idea modestissima di ristabilire e riaffermare il diritto dei giuristi *riscrivendolo* di nuovo nei codici, ma senza *sovvertirlo*. La legislazione era vista principalmente come una compilazione dei regolamenti passati, e i suoi sostenitori sottolineavano, appunto, che i vantaggi consistevano nel carattere di compendio inequivoco e netto rispetto alla massa piuttosto caotica di opere individuali dei giuristi. Come fenomeno parallelo, le costituzioni scritte furono adottate nel continente allo scopo di mettere nero su bianco i principî già formulati di volta in volta dai giudici inglesi, relativi alla costituzione inglese. Nei paesi continentali del diciannovesimo

secolo i codici e le costituzioni furono concepiti come strumenti per formulare principî giuridici che non corrispondevano minimamente alla volontà di chi li promulgava.

Nel frattempo, l'importanza crescente della legislazione nei paesi anglosassoni aveva principalmente la medesima funzione e corrispondeva alla medesima idea, cioè quella di riaffermare e compendiare il diritto esistente così come era stato elaborato dai tribunali nel corso dei secoli.

Oggi, sia nei paesi anglosassoni sia in quelli continentali, il quadro è quasi completamente mutato. La legislazione ordinaria e anche le costituzioni e i codici sono presentati sempre più come l'espressione diretta della volontà contingente di chi li promulga, mentre spesso l'idea sottintesa è che la loro funzione è di statuire non quale sia il diritto come risultato di un processo secolare, ma quale *deve essere* il diritto in quanto esito di una impostazione del tutto nuova e di decisioni prive di precedenti.

Abituandosi a questo nuovo significato di legislazione, l'uomo della strada si sta adattando sempre più a considerarla non come corrispondente a una volontà "comune", cioè a una volontà che si può presumere esistente in tutti i cittadini, bensì all'espressione della volontà particolare di certi individui e gruppi che sono abbastanza fortunati da avere dalla loro parte una maggioranza contingente di legislatori in un dato momento.

In questo modo, la legislazione ha avuto uno sviluppo assai peculiare. È giunta a somigliare sempre più a una specie di *diktat* che le maggioranze vincenti nelle assemblee legislative impongono sulle minoranze, spesso col risultato di sovvertire aspettative individuali di lunga data e di crearne di completamente prive di precedenti. Le minoranze soccombenti, a loro volta, si adattano alla sconfitta solo perché sperano di diventare presto o tardi una maggioranza vincente ed essere in posizione di trattare in modo simile chi appartiene alla maggioranza contingente di oggi. In effetti,

si possono costruire e demolire maggioranze nei corpi legislativi secondo una vera e propria procedura analizzata da certi studiosi americani – una procedura che i politici americani chiamano *log-rolling* e che noi potremmo chiamare “scambio di voti”. Qualora dei gruppi abbiano, nel corpo legislativo, una rappresentanza insufficiente per imporre la propria volontà su altri gruppi dissidenti, essi ricorrono allo scambio di voti con il massimo numero possibile di gruppi neutrali, per mettere la “vittima” designata in minoranza. Ciascuno dei gruppi “neutrali” che è stato comprato oggi è a sua volta disposto a comprare altri gruppi, domani, per imporre la propria volontà su altre “vittime”. In questo modo, le maggioranze cambiano nei corpi legislativi, ma ci sono sempre “vittime”, come ci sono sempre beneficiari del sacrificio di queste “vittime”.

Sfortunatamente, questo non è il solo grave svantaggio dell’attuale inflazione del processo legislativo. La legislazione comporta sempre una specie di coercizione e una costrizione inevitabile degli individui che le sono soggetti. Il recente tentativo di alcuni studiosi di considerare le scelte compiute dagli individui in veste di membri di un gruppo decisionale – sia esso un corpo costituente o legislativo – come equivalenti alle scelte fatte in altri ambiti dell’azione umana – ad esempio nel mercato – non riesce a rilevare una differenza fondamentale fra questi due generi di scelta.

È pur vero che le scelte individuali nel mercato, come quelle fatte da individui in quanto membri di un gruppo dipendono, per il loro successo, dal comportamento di altri. Per esempio, nessuno può comprare se nessuno vuole vendere. Ma coloro che fanno scelte nel mercato hanno sempre la libertà di ritrattare la scelta, in parte o del tutto, se non apprezzano i suoi possibili risultati. Per quanto possa sembrare misera, anche questa opportunità è negata agli individui che cercano di fare scelte come membri di un gruppo, che sia un corpo costituente, o legislativo o altro. Ciò che

decide la parte vincente del gruppo è destinato a essere la decisione del gruppo stesso, e i membri perdenti non sono neppure liberi di rifiutare il risultato di una scelta se non lo apprezzano, a meno che non lascino il gruppo.

I patrocinatori dell'inflazione legislativa possono sostenere che questo è il male inevitabile se si vuole che i gruppi decidano e che le loro decisioni siano efficaci. L'alternativa sarebbe suddividere i gruppi in un numero crescente di fazioni minori e infine in individui. In questo caso i gruppi non potrebbero più funzionare come unità. Perciò, la perdita della libertà individuale è il prezzo dei presunti benefici derivanti dal funzionamento dei gruppi come unità.

Non nego che le decisioni di gruppo si possano spesso raggiungere solo a prezzo della perdita della libertà individuale di scegliere e, nello stesso tempo, di rifiutare di fare una scelta. Ciò che voglio sottolineare è che le decisioni di gruppo valgono questo prezzo *molto meno frequentemente* di quanto sembri a un osservatore superficiale.

Sostituire la legislazione ad un sistema in cui regole non legislative vengono spontaneamente applicate non ha senso, a meno che non si provi che quest'ultimo sistema non dia garanzia di sicura osservanza delle norme o generi mali evitabili attraverso la legislazione. Questo accertamento preliminare viene semplicemente dimenticato dai legislatori contemporanei. Al contrario, essi sembrano pensare che la legislazione è sempre buona in se stessa e che l'onere della prova tocchi a chi non è d'accordo. Il mio modesto avviso è che la loro presupposizione, secondo cui una legge – anche cattiva – è sempre meglio di niente, deve essere maggiormente sostenuta da prove.

D'altra parte, solo se ci rendiamo ben conto di quanta costrizione è contenuta nello stesso processo della legislazione siamo in posizione di decidere quanto possiamo spingerci oltre nell'introdurre un processo legislativo tentando allo stesso tempo di conservare la libertà individuale.

Sembra ovvio che, per questo motivo, dovremmo rifiutare di ricorrere alla legislazione *ogni qualvolta la si usa come mezzo per sottomettere minoranze allo scopo di trattarle come perdenti sul campo*. Sembra anche indiscutibile che si debba rifiutare il processo legislativo *ogni qualvolta è possibile, per gli individui coinvolti, realizzare i loro obiettivi senza dipendere dalla decisione di un gruppo e senza costringere nessun altro a fare ciò che non avrebbe mai fatto senza costrizione*.

Infine, risulta del tutto evidente che *ogni qualvolta sorge un dubbio sulla raccomandabilità del processo legislativo in paragone con altri processi diretti a determinare le regole del nostro comportamento, l'adozione del processo legislativo dovrebbe essere l'esito di una valutazione molto accurata*.

Se sottoponessimo la legislazione esistente all'esame che sto proponendo, mi chiedo quanta ne sopravviverebbe.

Una questione del tutto diversa è stabilire come si possa realizzare tale esame. Non sostengo che sia cosa facile. Troppi interessi acquisiti e troppi pregiudizi sono, naturalmente, pronti a difendere l'inflazione del processo legislativo nella società contemporanea. Tutti prima o poi dovranno fare i conti col problema di un esito che sembra promettere nient'altro che sconvolgimento perpetuo e oppressione generale.

Nella società contemporanea sembra essere stato violato un principio antichissimo, già enunciato dal Vangelo e, molto prima, dalla filosofia confuciana: «Non fare agli altri ciò che non vorresti fosse fatto a te.» Non conosco nessun'altra affermazione della filosofia moderna della libertà così notevolmente concisa. Può sembrare fiacca se paragonata alle formule sofisticate, spesso vestite con oscuri simboli matematici, che sembrano così apprezzate oggi nella economia e nella scienza politica. Nondimeno, il principio confuciano sembrerebbe ancora applicabile per restaurare e conservare la libertà individuale nel nostro tempo.

Certamente, il compito di scoprire che cosa la gente non vorrebbe che altri le facesse non è facile. Tuttavia, sembra più facile di quello di determinare che cosa le gente vorrebbe fare da sé o in collaborazione con altri. La volontà comune, concepita come la volontà comune a tutti e a ciascun membro della società, si può accertare molto più facilmente, per quanto riguarda il suo contenuto, nella maniera “negativa” già esposta dal principio confuciano che in qualunque altra maniera “positiva”.

Nessuno contesterebbe il fatto che una indagine che avesse lo scopo di accertare che cosa i membri di un gruppo non vogliono subire come risultato dell'azione di altri, darebbe risultati più chiari e più precisi di una ricerca sui loro desiderî in altri ambiti. In realtà, la famosa regola dell'autoprotezione, proposta da John Stuart Mill, non solo può essere ridotta al principio confuciano, ma diviene veramente applicabile solo se così ridotta, perché nessuno può effettivamente decidere che cosa è o non è dannoso per un individuo particolare in una data società, senza basarsi alla fine sul giudizio di ciascun membro di quella società. Si deve definire cioè che cosa sia dannoso per tutti loro: ebbene, dannoso risulta, in effetti, ciò che ciascuno di essi non vorrebbe che altri facesse a lui.

Ora, l'esperienza mostra che in nessun gruppo esistono minoranze riguardo ad alcune cose che «non si dovrebbero fare»: anche chi è eventualmente pronto a farle agli altri ammette di non volere che gli altri le facciano a lui.

Mettere in rilievo questa semplice verità non è dire che non c'è differenza, a questo proposito, fra un gruppo o una società e l'altro, e ancor meno che un gruppo, o una società, conserva nel corso della sua storia i medesimi sentimenti e le medesime convinzioni. Ma nessuno storicismo e nessun relativismo potrebbero impedirci di riconoscere che in qualsiasi società i sentimenti e le convinzioni che si riferiscono alle azioni da non fare sono molto più omogenei e

facilmente identificabili di ogni altro genere di sentimenti e di convinzioni. La legislazione che protegge le persone contro ciò che esse non vogliano sia fatto loro da altri è più facilmente formulabile e ha più probabilità di successo di una legislazione basata su altri desideri positivi degli stessi individui. In effetti, tali desideri, di solito, sono non solo molto meno omogenei e reciprocamente compatibili di quelli negativi, ma spesso anche difficilissimi da accertare.

Certamente, come fa notare qualche teorico, «c'è sempre una interrelazione fra il meccanismo dello Stato produttore di mutamenti legislativi e l'opinione comune della società nella quale essi sono destinati ad operare».² L'unica difficoltà è che questa interrelazione può essere ben poco utile per scoprire qual è l'“opinione comune della società” – qualunque significato abbia – e ancor meno per esprimere le opinioni effettive delle persone interessate. In molti casi non esiste una cosa come l'“opinione comune”, né c'è una ragione convincente per nobilitare come “opinione comune” le opinioni private di gruppi e individui cui capita di essere in posizione di emanare le leggi, spesso a danno di altri gruppi e individui.

Sostenere che la legislazione è “necessaria” qualora altri strumenti non riescano a “scoprire” l'opinione degli interessati sarebbe un altro modo di eludere la soluzione del problema. Se altri mezzi falliscono, non c'è ragione di dedurre che la legislazione non fa altrettanto. O assumiamo che non esiste una “opinione sociale” sull'argomento, o che esiste ma è difficilissima da scoprire. Nel primo caso, introdurre la legislazione implica che essa sia una buona alternativa alla mancanza di una “opinione comune”; nel secondo caso, introdurre la legislazione implica che i legislatori sappiano come scoprire l'altrimenti introvabile “opinione comune”. In entrambi i casi bisognerebbe essere molto cauti prima di introdurre la legislazione, ma è fin troppo evidente che nessuno lo è, e meno che mai i legislatori. L'opportunità

e anche la necessità della legislazione sembrano essere semplicemente date per scontate anche da parte dei teorici che dovrebbero essere più competenti. Essi amano affermare che «ciò che una volta poteva essere considerato come legge creata dai giuristi, più o meno tecnica, può ora essere questione di provvedimenti urgenti di politica economica e sociale», cioè di regolamenti delegati.³ Tuttavia, rimangono oscuri entrambi i modi di accertare che cosa è “urgente” e i criteri per decidere dell’urgenza, compreso il riferimento all’ “opinione comune” a questo proposito, mentre la possibilità di raggiungere una conclusione soddisfacente con una legge formale è semplicemente presa per scontata. Sembra solo questione di emanare una legge, e questo è tutto.

Gli attuali patrocinatori dell’inflazione legislativa hanno tratto, dal ragionevole assunto che nessuna società è incentrata sulle medesime convinzioni di un’altra, e che molte convinzioni e sentimenti non sono facilmente identificabili entro una stessa società, la bizzarra conclusione che *perciò* si debba trascurare del tutto quello che la gente decide o non decide effettivamente e sostituirlo con quello che, in ogni momento, può capitare di decidere per loro a un manipolo di legislatori.

In questo modo, la legislazione è concepita come un modo sicuro di introdurre omogeneità e regole ove esse mancano. Perciò la legislazione sembra essere “razionale”, oppure, come avrebbe detto Max Weber, «una componente caratteristica di un processo di razionalizzazione... che penetra in tutte le sfere dell’azione comune». Ma Weber stesso si preoccupava di sottolineare che si può ottenere solo un successo limitato tramite l’estensione della legislazione e la minaccia di coercizione che la sostiene. Ciò non è dovuto solo al fatto che, come osservava ancora Weber, «i mezzi di coercizione e punizione più drastici sono destinati a fallire, ove i sudditi restino recalcitranti», e che «il potere del diritto sulla condotta economica, sotto

molti aspetti si sta indebolendo, piuttosto che rafforzando, rispetto al passato». Oggi in molti casi la legislazione può avere, ed ha, un effetto negativo sulla stessa efficacia delle regole e sulla omogeneità dei sentimenti e delle convinzioni *già prevalenti* in una società data. Infatti la legislazione può anche disgregare deliberatamente o accidentalmente l'omogeneità distruggendo le regole stabilite e annullando le convenzioni e gli accordi fino ad allora volontariamente accettati e mantenuti. Ancora più distruttivo è il fatto che la stessa possibilità di annullare accordi e convenzioni con il subentrare della legislazione tende, a lungo termine, a indurre la gente a non fidarsi delle convenzioni esistenti e a non rispettare i patti. D'altronde, il continuo mutamento di regole prodotto dall'inflazione legislativa impedisce di sostituire con successo e durevolmente il complesso di regole non legislative – usi, convenzioni, accordi – che sono state distrutte in questo processo. Un processo che si poteva ritenere “razionale” si rivela, in ultima analisi, autodistruttivo.

Non si può ignorare questo fatto dicendo semplicemente che l'idea di una sfera “limitata” di norme statali «ha ora perso la sua validità e il suo significato nella società del nostro tempo, sempre più industrializzata e articolata».⁴

Si può ben dire che la disapprovazione di von Savigny, all'inizio del secolo scorso, della tendenza alla codificazione e alla legislazione scritta in genere sembra finita fra le nebbie della storia. Si può anche osservare che, all'inizio del nostro secolo, un simile destino è toccato alla fiducia di Eugen Ehrlich nel “diritto vivente del popolo”, contro la legislazione decretata dai suoi “rappresentanti”. Tuttavia, non soltanto le critiche di Savigny e Ehrlich alla legislazione non sono state fino ad oggi confutate, ma i gravi problemi da loro sollevati non sono stati eliminati e si stanno dimostrando oggi sempre più difficili da risolvere o anche solo da ignorare.

Questo è certamente dovuto, fra l'altro, alla fede convenzionale del nostro tempo nelle virtù della democrazia "rappresentativa", nonostante la "rappresentanza" sembri essere un processo molto dubbio anche a quegli esperti di politica che non si spingono a dire, con Schumpeter, che la democrazia rappresentativa è un'"impostura". Questa fede può impedirci di riconoscere che più sono numerose le persone che si cerca di "rappresentare" col processo legislativo, più sono numerosi gli ambiti in cui si cerca di rappresentarli, meno la parola "rappresentanza" ha un significato riferibile alla effettiva volontà di persone diverse da quelle "loro rappresentanti".

La dimostrazione – già proposta nei primi anni Venti da economisti come Max Weber, B. Brutzkus e, con più completezza, da Ludwig von Mises – che una economia centralizzata gestita da un direttorio che sopprime i prezzi di mercato e va avanti senza di essi non funziona perché i direttori non possono sapere, senza la rivelazione continua del mercato, quale sarà la domanda e l'offerta, è rimasta finora non contestabile in base agli argomenti proposti dai suoi avversari, come Oskar Lange, Fred M. Taylor, H.D. Dickinson ed altri. Anzi, questa dimostrazione si può definire il contributo più importante degli economisti alla causa della libertà individuale nel nostro tempo. *Tuttavia, le loro conclusioni possono essere considerate un caso speciale di una tesi più generale, secondo cui nessun legislatore sa stabilire da solo, senza una continua collaborazione da parte di tutti gli interessati, le regole governanti il comportamento effettivo di tutti nelle loro complesse interrelazioni. Nessun sondaggio, nessun referendum, nessuna elezione mettono davvero i legislatori nella posizione di determinare queste regole, più di quanto una procedura simile possa mettere i direttori di una economia pianificata in posizione di scoprire la domanda e l'offerta totale di beni e di servizi. Il comportamento effettivo delle persone si adatta*

continuamente a condizioni mutevoli. Inoltre, il comportamento effettivo non deve essere confuso con l'espressione di opinioni come quelle emergenti dai sondaggi e da indagini analoghe, più di quanto l'espressione di auspicî e desideri sia da confondersi con la "domanda" effettiva del mercato.

È inevitabile concludere che, per restituire alla parola "rappresentanza" il suo significato originario e ragionevole ci deve essere una riduzione drastica o del numero dei "rappresentati" o degli ambiti in cui essi si presumono rappresentati, o di entrambi.

Tuttavia, è difficile ammettere che una riduzione del numero dei rappresentati sia compatibile con la libertà individuale, se assumiamo che essi hanno diritto ad esprimere la loro volontà almeno come elettori. D'altra parte, una riduzione nel numero degli ambiti per i quali le persone devono essere rappresentate si risolve, in definitiva, in un aumento del numero delle sfere nelle quali le gente può decidere liberamente e individualmente senza essere affatto "rappresentata". *Perciò, quest'ultima riduzione sembra essere la sola strada che la libertà individuale può imboccare nel nostro tempo.* Non nego che coloro che sono abituati a trar vantaggio dal processo di rappresentanza, o come rappresentanti o come membri dei gruppi rappresentati, perdano qualcosa in tale riduzione. Tuttavia, è evidente che essi hanno qualcosa da guadagnare in tutti i casi in cui sarebbero stati le "vittime" designate di un processo legislativo privo di restrizioni. L'esito finale dovrebbe essere tanto favorevole per la libertà individuale quanto, secondo Hobbes, lo è, per gli esseri umani, venir limitati nelle reciproche interferenze nella vita e nella proprietà, così da emergere dal miserevole stato descritto come "guerra di tutti contro tutti".

In effetti, oggi ci troviamo di fronte a una potenziale guerra giuridica di tutti contro tutti, condotta per mezzo della legislazione e della rappresentanza. L'alternativa

può essere solo uno stato di cose in cui tale guerra giuridica non possa aver luogo, o almeno non in modo tanto ampio e pericoloso quanto minaccia di essere.

Naturalmente, una mera riduzione dell'area della legislazione non potrebbe risolvere completamente il problema dell'organizzazione giuridica della nostra società a tutela della libertà individuale, ma lo farebbe più di quanto non faccia ora la legislazione, che risolve tale problema sopprimendo gradualmente la libertà.

Gli usi, le norme tacite, le convenzioni, i criteri generali applicati alla soluzione di problemi giuridici particolari anche in rapporto con la possibilità di mutamenti nelle opinioni e nel loro *background* – tutto ciò è ancora da scoprire. Si può ben dire che si tratta innegabilmente di un processo difficile, talvolta doloroso, e molto spesso lungo. Lo è sempre stato. Secondo l'esperienza dei nostri antenati, il modo consueto di affrontare questa difficoltà, non solo nei paesi anglosassoni, ma nell'intero Occidente, era – come abbiamo già osservato – quello di affidare il processo a persone con uno speciale addestramento, come avvocati e giudici. La stessa natura della loro attività e la estensione della loro iniziativa personale nel reperimento di soluzioni giuridiche sono ancora una questione aperta. Non si può negare che avvocati e giudici siano uomini come tutti gli altri, con risorse limitate; né si può negare che possono andar soggetti alla tentazione di sostituire il loro arbitrio personale all'atteggiamento imparziale dello scienziato, qualora il caso sia oscuro e siano coinvolte le loro convinzioni profonde. Inoltre, si potrebbe sostenere che l'attività di tali *honoratiores* sembra essere, nella società contemporanea, priva di una effettiva sanzione quanto quella dei legislatori, per quanto riguarda l'interpretazione della volontà del popolo.

Tuttavia, la posizione degli avvocati e dei giudici nei paesi occidentali, come quella degli altri *honoratiores*, in

società simili del passato, è fundamentalmente diversa da quella dei legislatori, almeno in tre punti molto importanti. In primo luogo, i giudici, o gli avvocati, o altri in posizioni simili, possono intervenire solo quando ne sono richiesti dagli interessati, e la loro decisione è raggiunta e resa efficace, almeno nelle questioni civili, solo con una continua collaborazione delle parti stesse ed entro i suoi limiti. In secondo luogo, la decisione del giudice può essere efficace principalmente nei confronti delle parti in causa, solo occasionalmente per i terzi, e praticamente mai per persone che non hanno nessun rapporto con le parti interessate. In terzo luogo, tali decisioni da parte di giudici e avvocati si raggiungono molto raramente senza riferimento alle decisioni di altri giudici e avvocati in casi simili, e perciò vengono prese con la collaborazione indiretta di tutte le parti in causa, sia passate sia presenti.

Tutto ciò significa che gli autori di queste decisioni non hanno nessun potere reale sugli altri cittadini oltre quello che i cittadini stessi sono disposti a dar loro quando richiedono una decisione in una vertenza particolare.

Significa anche che questo stesso potere è ulteriormente limitato dall'inevitabile riferimento di ogni decisione alle decisioni prodotte in casi simili da altri giudici.⁵ Infine, significa che tutto il processo può essere descritto come una specie di collaborazione ampia, continua e per lo più spontanea fra giudici e giudicati allo scopo di scoprire qual è la volontà della gente in una serie di esempi definiti – una collaborazione che può essere paragonata, per molti aspetti, a quella che esiste fra tutti i partecipanti ad un mercato libero.

Se confrontiamo la posizione dei giudici e dei giuristi con quella dei legislatori nelle società contemporanee, possiamo facilmente renderci conto di quanto più potere hanno questi ultimi sui cittadini, e quanto il loro tentativo di “interpretazione” della volontà della gente sia meno accurato, imparziale e affidabile.

Sotto questi aspetti un ordinamento giuridico fondato sulla legislazione centralizzata ricorda – come già osservato – un’economia centralizzata in cui tutte le decisioni rilevanti sono prese da un manipolo di direttori, la cui conoscenza dell’intera situazione è fatalmente limitata e il cui eventuale rispetto per i desiderî delle persone è soggetto a tale limitazione.

Nessun titolo pomposo, nessuna cerimonia, nessun entusiasmo di masse plaudenti possono celare il crudo fatto che sia i legislatori, sia i direttori di un’economia centralizzata sono solo individui singoli come ciascuno di noi, che ignorano il novantanove per cento di quel che succede attorno a loro, per quanto riguarda le transazioni, gli accordi, gli atteggiamenti, i sentimenti e le convinzioni reali delle persone. Uno dei paradossi della nostra era è la costante ritirata della fede religiosa tradizionale di fronte all’avanzare della scienza e della tecnologia, con l’esigenza implicita di un atteggiamento freddo e concreto e di un ragionamento spassionato, accompagnata da una *non meno continua ritirata da tale modo di ragionare circa le questioni politiche e giuridiche*. La mitologia del nostro tempo non è religiosa, ma politica; e i miti principali sembrano essere, da una parte, la “rappresentanza” del popolo, e dall’altra la pretesa carismatica dei leader politici di possedere la verità e di agire di conseguenza.

È anche paradossale che gli stessi economisti che sostengono attualmente il mercato libero non sembrano curarsi di considerare se un libero mercato possa veramente durare entro un ordinamento giuridico incentrato sulla legislazione. Il fatto è che gli economisti sono molto raramente giuristi, e *vice versa*, e ciò probabilmente spiega perché economia e ordinamento giuridico sono di solito analizzati separatamente e di rado messi in relazione reciproca. Questa è probabilmente la ragione per cui la stretta relazione fra l’economia di mercato e un ordinamento giuridico

incentrato sui giudici e/o sugli avvocati invece che sulla legislazione è avvertita meno chiaramente di quanto dovrebbe, sebbene la relazione, altrettanto stretta, fra economia pianificata e legislazione sia troppo evidente per essere a sua volta ignorata dagli studiosi e dalla gente in generale.

Se non erro, c'è più di una analogia fra l'economia di mercato e il diritto giudiziario o dei giuristi, come c'è più di un'analogia fra l'economia pianificata e la legislazione. Se si considera che l'economia di mercato ha avuto più successo a Roma e nei paesi anglosassoni, entro la struttura di un diritto rispettivamente di giuristi e giudiziario, sembra ragionevole concludere che non si tratti di una mera coincidenza.

Tutto ciò non significa, naturalmente – al di là dei casi in cui si tratta di determinare che cosa “non si deve fare” secondo le convinzioni e i sentimenti comunemente condivisi dalla gente – che la legislazione sia inutile in vertenze ove ci può essere un interesse diffuso ad avere regole definite di comportamento, ovvero qualora le persone interessate non abbiano concluso quale debba essere il contenuto di tali regole. È noto che la gente in diversi casi preferisce avere una regola qualsiasi piuttosto che nessuna. Lo stesso bisogno di una qualche norma definita è probabilmente il motivo per cui la gente sembra incline ad accettare una norma piuttosto rigida, o antiquata, o per altro verso non soddisfacente, prima di trovarne una più adatta, come diceva Karl Hildebrand delle regole giuridiche arcaiche romane, e Ehrlich del *Corpus Juris* giustiniano nel medioevo.

Tuttavia il problema del nostro tempo sembra essere esattamente il contrario: non di accontentarsi di regole inadatte per una fondamentale scarsità e “fame di regole”, ma di sbarazzarsi di una gran quantità di regole dannose o inutili a causa di una terribile sazietà, anzi, per così dire, per una indigestione di norme.

D'altra parte, non si può negare che il diritto dei giuristi o quello giudiziario può tendere ad acquisire le caratteristiche della legislazione – comprese quelle indesiderabili – qualora i giuristi e i giudici abbiano facoltà di decidere una vertenza in modo definitivo. Qualcosa del genere sembra essere accaduto nel periodo postclassico del diritto romano, quando gli imperatori conferirono a certi giureconsulti il potere di emettere opinioni giuridiche (*jus respondendi*) che diventassero definitivamente vincolanti per i giudici in determinate circostanze. Oggi, il meccanismo del potere giudiziario, in paesi ove esiste l'istituto delle corti supreme, ha come esito l'imposizione dei pareri personali dei membri di quelle corti, o della maggioranza di essi, su tutti gli altri, qualora ci sia un ampio disaccordo fra le opinioni dei primi e quelle dei secondi. Ma, come cercherò di sottolineare nell'ottavo capitolo di questo libro, questa possibilità, lungi dal derivare necessariamente dalla natura del diritto dei giuristi o del diritto giudiziario, è piuttosto una deviazione da esso ed una introduzione, in qualche modo contraddittoria, del processo legislativo sotto l'etichetta ingannevole di grado supremo del diritto dei giuristi o del diritto giudiziario. Ma questa deviazione può essere evitata ed è perciò un ostacolo non insormontabile allo svolgimento soddisfacente della funzione giudiziaria di determinare qual è la volontà della gente. Dopo tutto, si possono ben applicare controlli e contrappesi entro la sfera assegnata all'esercizio della funzione giudiziaria, cioè ai suoi gradi superiori, proprio come vengono applicati fra le varie funzioni e poteri delle nostre società politiche.

Occorre fare un'osservazione conclusiva: ciò di cui qui tratto sono soprattutto principî *generali*. Non fornisco valutazioni particolari di problemi particolari. Sono convinto, tuttavia, che tali soluzioni si possano trovare molto più facilmente in accordo con i principî generali da me proposti piuttosto che con altri.

D'altra parte, nessun principio astratto funziona bene da sé: la gente deve sempre fare qualcosa per farlo funzionare. Questo vale per i principî da me proposti non meno che per gli altri. Non cerco di cambiare il mondo, ma solo di presentare alcune modeste opinioni che dovrebbero essere considerate accuratamente prima di concludere, con i sostenitori dell'inflazione legislativa, che la situazione non è mutabile, ed è l'inevitabile risposta, seppure non la migliore, ai nostri bisogni nella società contemporanea.

I

Quale libertà?

Abraham Lincoln, in un discorso tenuto a Baltimora nel 1864, riconobbe la difficoltà di dare una definizione della libertà; e riconobbe anche che la guerra civile fra Nord e Sud era dovuta, in un certo senso, a una cattiva comprensione di tale termine: «Il mondo non ha mai avuto una buona definizione della parola “libertà”. [...] Usando la medesima parola, non intendiamo la stessa cosa.»¹

In effetti, non è facile definire il concetto di “libertà”, né essere completamente consapevoli di quel che facciamo quando lo definiamo. Se vogliamo definire la “libertà”, dobbiamo innanzitutto decidere lo scopo della definizione. Una impostazione “realistica” risolve il problema preliminare: la “libertà” è qualcosa che semplicemente “esiste” e il solo problema è trovare le parole adatte a descriverla.

Un esempio di definizione “realistica” è quello dato da Acton all’inizio della sua *History of Freedom*: «Per libertà intendo la garanzia che ciascuno sia protetto, nel fare quello che ritiene il suo dovere, contro l’influenza di autorità e di maggioranze, del costume e delle opinioni.» Molti critici direbbero che non c’è ragione di chiamare “libertà” solo la garanzia che ognuno sia protetto nel fare ciò che crede essere il suo *dovere*, e non, per esempio, il suo *diritto* o il suo *piacere*; né c’è ragione di dire che questa protezione deve essere assicurata solo contro maggioranze o autorità, e non contro minoranze e singoli cittadini.

In realtà, quando Acton, nel 1877, tenne a Bridgenorth le sue famose conferenze sulla storia della libertà, il rispetto

accordato alle minoranze religiose dalle autorità e dalla maggioranza del popolo inglese era ancora un grande tema della vita politica vittoriana. Con l'abrogazione di leggi discriminatorie come il Corporation Act del 1661 e il Test Act del 1673, e con l'ammissione, nel 1879, dei dissidenti protestanti e dei cattolici (o papisti, come erano chiamati) alle università di Oxford e Cambridge, le cosiddette *Free Churches* avevano appena vinto una battaglia che era durata due secoli. In precedenza, infatti, queste Università erano aperte solo a studenti che appartenevano alla Chiesa riformata d'Inghilterra. Acton, com'è noto, era cattolico, e per questo motivo non aveva potuto frequentare Cambridge. La "libertà" che aveva in mente era quella libertà che Franklin Delano Roosevelt chiamò, nel suo *slogan* più famoso, "libertà di religione". Acton, come cattolico, apparteneva a una minoranza religiosa in un tempo in cui il rispetto per tali minoranze, in Inghilterra, cominciava a prevalere contro l'ostilità della maggioranza anglicana e contro leggi dell'autorità legittima come, ad esempio, il Corporation Act. Perciò, egli intendeva per "libertà" la libertà religiosa. Molto probabilmente questo era il senso attribuito alla "libertà", nell'età vittoriana, dai membri delle *Free Churches* nel Regno Unito e da molti altri – un termine che allora era connesso in modo evidente con nozioni tecnico-giuridiche come il Corporation Act o il Test Act. Ma Acton, nelle sue conferenze, presentò la sua idea di "libertà" come libertà *tout court*.

Questo succede piuttosto spesso. La storia delle idee politiche mostra un'intera serie di definizioni simili a quella di Acton.

Una impostazione più attenta del problema della definizione della libertà implicherebbe un'indagine preliminare. "Libertà" è prima di tutto una parola. Non arriverò a dire che è *soltanto* una parola, come potrebbero sostenere numerosi rappresentanti della scuola analitica, nella loro

sedicente rivoluzione filosofica. Pensatori che cominciano con l'asserzione che qualcosa è semplicemente una parola, per concludere che non è nient'altro che una parola, mi ricordano il proverbio secondo cui non bisogna buttare via il bambino con l'acqua sporca.

Tuttavia, il fatto stesso che "libertà" è innanzitutto una parola richiede, a mio parere, alcune osservazioni linguistiche preliminari.

L'analisi del linguaggio è stata oggetto di una attenzione crescente in certi ambienti culturali, soprattutto dopo la seconda guerra mondiale, ma non è ancora diventata popolarissima. Molti non la apprezzano o non se ne curano. Le persone colte che non si dedicano a problemi filosofici e filologici sono più o meno inclini a considerarla un'occupazione oziosa. E l'esempio della scuola analitica contemporanea non è molto incoraggiante: i filosofi che ne fanno parte, dopo aver concentrato il loro interesse e le loro ricerche sui problemi linguistici, sembrano più propensi a distruggere completamente lo stesso significato delle parole del vocabolario politico, invece di analizzarlo. Inoltre, l'analisi del linguaggio non è facile: ma direi che è particolarmente utile in questi tempi di confusione semantica.

Quando cerchiamo di definire o semplicemente di denominare una cosa "materiale", come di solito si chiama, troviamo piuttosto facile farci capire dai nostri ascoltatori. Se nascesse qualche incertezza sul significato delle nostre parole, basterebbe, per eliminare l'incomprensione, indicare semplicemente le cose che stiamo denominando o definendo. In questo modo, due parole diverse riferentisi alla stessa cosa e usate rispettivamente da noi e dal nostro ascoltatore si mostrerebbero immediatamente equivalenti. Potremmo sostituire una parola con l'altra, sia che parliamo la stessa lingua del nostro ascoltatore, come nel caso dei sinonimi, sia che parliamo lingue differenti, come nel caso delle traduzioni.

Il semplice metodo di indicare cose materiali è la base di ogni conversazione fra persone che parlano lingue diverse, o fra persone che parlano una lingua e persone che non la parlano ancora, come ad esempio i bambini. Ciò rese possibile ai primi esploratori europei farsi capire dagli abitanti di altre parti del mondo, e rende ancora possibile a migliaia di turisti americani di trascorrere le vacanze, ad esempio, in Italia, senza sapere una parola di italiano. Nonostante la loro ignoranza della lingua, sono perfettamente capiti, per molti scopi pratici, da camerieri, tassisti e facchini italiani. L'elemento comune nella conversazione è la possibilità di indicare cose materiali, come cibo, bagagli e via dicendo. Naturalmente, non è sempre possibile indicare le cose materiali cui ci riferiamo con le parole. Ma qualora due parole diverse si riferiscano a cose materiali, si dimostrano facilmente intercambiabili. Gli scienziati della natura si accordano piuttosto facilmente sull'uso di parole designanti fenomeni di nuova scoperta. Di solito scelgono parole greche o latine, e il loro metodo ha successo, perché si possono evitare le incertezze indicando quali fenomeni sono designati da queste parole.

Questo rammenta la saggezza della risposta di un vecchio pedagogo confuciano al suo celeste discepolo, un giovanissimo imperatore cinese cui aveva chiesto il nome di alcuni animali incontrati durante una passeggiata in campagna. Il giovane imperatore aveva detto: «Sono pecore.»

«Il figlio del cielo ha perfettamente ragione» aveva replicato rispettosamente il pedagogo. «Devo solo aggiungere che pecore di questo tipo vengono comunemente chiamate maiali.»

Sfortunatamente, difficoltà molto maggiori sorgono se cerchiamo di definire cose non materiali e il nostro ascoltatore non conosce il significato delle parole che usiamo. In questo caso non possiamo indicargli oggetti materiali. Il nostro modo di comprenderci reciprocamente è del tutto

diverso, ed è necessario ricorrere a differenti metodi di scoperta di un eventuale fattore comune fra i nostri due linguaggi. Per quanto questo fatto sia banale ed evidente di per sé, viene probabilmente trascurato, o almeno non è messo abbastanza in evidenza. Siamo così tanto abituati al nostro vocabolario che dimentichiamo l'importanza dell'indicazione diretta delle cose all'inizio del nostro processo di apprendimento. Siamo inclini a pensare alle nostre acquisizioni linguistiche principalmente come definizioni lette semplicemente in un libro. D'altra parte, poiché molte di queste definizioni si riferiscono a cose materiali, ci comportiamo spesso come se le cose immateriali fossero semplicemente "là" e si trattasse soltanto di attribuire loro una definizione verbale.

Questo spiega certe tendenze metafisiche di quei filosofi greci che trattavano le cose immateriali – la giustizia, ad esempio – come fossero simili alle cose visibili e materiali. Spiega anche tentativi più recenti di definire il "diritto" e lo "Stato" come se fossero entità allo stesso modo del sole e della luna. Come Glanville Williams sottolinea nel suo saggio sulla controversia intorno alla parola "diritto", il giurista inglese John Austin, celebrato fondatore della scienza giuridica, sosteneva che la sua definizione di "diritto" corrispondeva al "diritto propriamente inteso", senza dubitare minimamente dell'esistenza di una cosa come il "diritto propriamente inteso". Ai nostri giorni, una posizione simile a quella di Austin è stata proposta dal famoso Hans Kelsen, che si vantava nella sua *Teoria generale del diritto e dello Stato*, e si vanta tuttora, della scoperta che ciò che è "propriamente detto Stato" non è nient'altro che l'ordinamento giuridico.

L'ingenua convinzione che le cose immateriali siano facilmente definibili sparisce non appena si cerca di tradurre, per esempio in italiano o in francese, termini giuridici come *trust*, *equity* o *common law*. In tutti questi casi non solo non siamo in grado di indicare cose materiali che permettano a

un Italiano, a un Francese, a un Tedesco di capire che cosa vogliamo dire, ma non possiamo neanche trovare un dizionario italiano, francese o tedesco che contenga le parole corrispondenti in queste tre lingue. Così, sentiamo che qualcosa va perduto nel passare da una lingua all'altra. In realtà, non è stato perso nulla: il problema è che né i Francesi, né gli Italiani, né i Tedeschi hanno concetti esattamente uguali a quelli descritti dalle parole inglesi *trust*, *equity* o *common law*. In un certo senso, *trust*, *equity* o *common law* sono entità, ma, poiché né gli Americani né gli Inglesi possono indicarle semplicemente ai Francesi e agli Italiani, è difficile per i primi essere compresi dai secondi su tali concetti.

Ciò rende praticamente impossibile tradurre un testo giuridico inglese o americano in tedesco o in italiano. Molte parole non possono essere tradotte in parole corrispondenti perché quest'ultime, semplicemente, non esistono. Invece di una traduzione sarebbe necessario fornire una *spiegazione* lunga e complicata dell'origine storica di molti istituti giuridici, del loro funzionamento attuale nei paesi anglosassoni e dell'analogo funzionamento di eventuali istituti giuridici simili nell'Europa continentale. A loro volta, gli Europei non potrebbero indicare agli Americani o agli Inglesi qualcosa di materiale per illustrare un *Conseil d'État*, una *préfecture*, una *cour de cassation*, una *corte costituzionale* e così via.

Questi termini sono spesso così saldamente radicati in un ambiente storico ben determinato che non è possibile trovare vocaboli corrispondenti nel linguaggio di altri ambienti.

Naturalmente, alcuni studiosi di diritto comparato hanno spesso tentato di superare la frattura fra la tradizione giuridica europea e quella anglosassone. Per esempio, c'è il recentissimo saggio incluso nella *Bibliographical Guide to the Law of the United Kingdom*, pubblicato dal London

Institute of Advanced Legal Studies e dedicato principalmente agli studiosi stranieri, cioè a studiosi di *civil law*. Ma un saggio non è un dizionario, e questo è precisamente il nocciolo del mio argomento.

Così, l'ignoranza reciproca è il risultato della presenza di istituzioni diverse in diversi paesi, e l'ignoranza storica è il prodotto del mutare delle istituzioni in uno stesso paese. Come ci ricorda Carleton Kemp Allen nel suo *Aspects of Justice* (1958), la maggior parte dei resoconti inglesi di processi medievali ora sono semplicemente illeggibili, e non solo perché sono scritti – come egli dice – in un «latino maccheronico» e in un «francese da cani», ma anche perché gli Inglesi, come ogni altro popolo, non hanno più le istituzioni corrispondenti.

Disgraziatamente, questa non è la sola difficoltà che nasce dall'impossibilità di indicare cose materiali nella definizione di concetti giuridici: parole che hanno lo stesso suono possono avere significati completamente diversi in tempi e luoghi differenti.

Questo avviene spesso nel caso di termini non tecnici, o di parole di uso originariamente tecnico, introdotte nella lingua quotidiana con una certa trascuratezza, senza prestare attenzione al loro senso tecnico o addirittura senza riconoscerlo. Se è spiacevole che termini strettamente tecnici, come ad esempio quelli appartenenti al linguaggio giuridico, non si possano tradurre con vocaboli corrispondenti in altre lingue, è ancora più spiacevole che termini non tecnici o semitecnici si possano tradurre fin troppo facilmente con altre parole della stessa lingua, o con parole affini di altre lingue, che hanno un suono simile. Nel primo caso si crea una confusione fra parole che in realtà non sono sinonimi, mentre, nel secondo, persone che parlano lingue diverse pensano che il significato da loro attribuito a una parola nella loro lingua corrisponda al significato diverso attribuito a una parola di suono simile nella lingua altrui.

Molti termini che appartengono sia al linguaggio della politica sia a quello dell'economia sono tipici, a questo riguardo. Hegel disse una volta che chiunque, senza essere giurista, può stabilire l'adeguatezza di una istituzione giuridica, proprio come chiunque può decidere, senza essere calzolaio se un paio di scarpe va bene o no per i suoi piedi. Non sembra che ciò valga per *tutti* gli istituti giuridici. Pochi, in realtà, hanno un atteggiamento sospettoso e inquisitorio sulla struttura di istituti giuridici come il contratto, la prova, etc. Ma molti pensano che le istituzioni politiche ed economiche siano affari di loro competenza. Per esempio, suggeriscono che i governi dovrebbero adottare o rifiutare questa o quella politica allo scopo di correggere la situazione economica di un paese, o modificare i termini del commercio internazionale, o entrambe le cose.

Tutte queste persone usano quello che chiamiamo "linguaggio ordinario", che contiene molte parole appartenenti, in origine, a vocabolari tecnici come quelli del diritto o dell'economia. Questi linguaggi usano i vocaboli in modo ben determinato e non ambiguo. Ma non appena tali termini tecnici vengono introdotti nel linguaggio ordinario, divengono velocemente termini *non tecnici* o *semi-tecnici* – ovvero, tecnici soltanto a metà –, perché nessuno si cura più di riconoscere il loro significato tecnico originario, o di stabilire, per essi, un nuovo significato nel linguaggio ordinario.

Quando, ad esempio, si parla di "inflazione" in America, si intende di solito un aumento dei prezzi. Tuttavia, fino a poco tempo fa, "inflazione" significava normalmente – e significa tuttora in Italia – un aumento della quantità di moneta circolante in un paese. Perciò, la confusione semantica che può sorgere dall'uso ambiguo di questo termine di origine tecnica è deplorata aspramente da quegli economisti i quali ritengono, come Ludwig von Mises, che l'aumento dei prezzi è conseguenza dell'aumento della

quantità della moneta circolante. L'uso della medesima parola "inflazione" per significare cose diverse è da loro considerata un'istigazione a confondere una causa col suo effetto e ad adottare rimedi scorretti.

Un'altra impressionante dimostrazione di una confusione analoga è data dall'uso contemporaneo della parola "democrazia" in numerosi paesi e da diversi popoli. Questa parola appartiene al linguaggio politico e alla storia delle istituzioni politiche. Ora appartiene anche al linguaggio ordinario, e per questo motivo sorge una gran quantità di incomprensioni fra persone che usano la medesima parola con significati completamente differenti – per esempio, fra l'uomo della strada americano e i dirigenti politici in Unione Sovietica.

Mi permetto di dire che i significati dei termini semitecnici tendono ad essere confusi per un motivo particolare: nei linguaggi tecnici – come quelli della politica – il significato di quei vocaboli era in origine connesso con altri termini tecnici che spesso non sono stati introdotti nel linguaggio ordinario per il semplice motivo che non si potevano tradurre facilmente o non si potevano tradurre affatto. Perciò, sono andate perdute le utilizzazioni che davano un significato non equivoco all'uso originario di una parola.

"Democrazia", per esempio, era un termine appartenente al linguaggio della politica in Grecia al tempo di Pericle. Non possiamo comprendere il suo significato senza riferirci a termini tecnici come *polis*, *demos*, *ekklesia*, *isonomia* e via dicendo, proprio come non possiamo capire il significato della "democrazia" svizzera contemporanea senza riferirci a termini tecnici come *Landsgemeinde*, *referendum*, etc. Osserviamo che parole come *ekklesia*, *polis*, *Landsgemeinde* e *referendum* sono di solito citate in altre lingue senza essere tradotte, perché non esistono termini corrispondenti.

Privi della loro connessione originaria con i termini tecnici, i vocaboli tecnici o semitecnici vanno spesso alla deriva nel linguaggio ordinario. Il loro significato può cambiare a seconda delle persone che li usano, sebbene il loro suono rimanga sempre lo stesso. E per aggravare le cose, molti significati della medesima parola possono rivelarsi tra loro incompatibili, e questa è una fonte continua non solo di incomprensioni, ma di dispute verbali e peggio.

Vittime principali di questa confusione semantica sono gli affari politici ed economici, quando, ad esempio, comportamenti implicati da significati differenti del medesimo termine risultano reciprocamente incompatibili e si cerca di concedere a tutti un posto nel medesimo ordinamento politico e giuridico.

Non dico che questa confusione, che è una delle caratteristiche più evidenti della storia contemporanea dei paesi occidentali, sia soltanto semantica, ma che è *anche* semantica. Uomini come von Mises e F. A. Hayek hanno fatto rilevare più volte la necessità di eliminare le confusioni semantiche, non solo per gli economisti ma anche per gli scienziati politici. Collaborare per eliminare la confusione semantica nel linguaggio della politica non meno che in quello dell'economia è un compito importantissimo degli studiosi. Naturalmente, come riconosce con franchezza von Mises, questa confusione non è sempre casuale, ma corrisponde in molti casi a certi malefici piani di chi cerca di sfruttare il suono familiare di parole predilette come "democrazia" allo scopo di convincere altri ad adottare nuove forme di comportamento.² Ma questa, probabilmente, non è la sola spiegazione di un fenomeno complesso che si manifesta in tutto il mondo.

Mi viene in mente quello che disse una volta Leibniz: la nostra civiltà è minacciata perché, dopo l'invenzione del torchio, si possono scrivere e diffondere troppi libri e ogni individuo è in grado di leggerne troppo pochi, col

probabile risultato che il mondo rischierà di precipitare in una nuova epoca di barbarie.

In effetti, molti scrittori, per lo più filosofi, hanno contribuito grandemente alla confusione semantica. Alcuni di loro hanno usato parole prese dal linguaggio ordinario ed hanno attribuito ad esse significati bizzarri. Spesso non si sono curati di stabilire che cosa intendessero veramente usando una parola, o hanno dato delle definizioni alquanto arbitrarie, in disaccordo con quelle date dai vocabolari, ma accettate da lettori e discepoli. Questa prassi ha contribuito, almeno in qualche misura, alla confusione dei significati accettati nel linguaggio ordinario.

In molti casi queste definizioni, apparentemente più accurate e profonde di quelle consuete, sono state presentate semplicemente come il risultato di una indagine sulla natura della “cosa” misteriosa che gli scrittori volevano definire. Per le connessioni fra temi etici e politici, da una parte, e temi economici ed etici, dall'altra, alcuni filosofi hanno contribuito, consapevolmente o no, ad accrescere l'enorme confusione semantica e le contraddizioni fra i significati delle parole nel linguaggio ordinario del nostro tempo.

Tutto quello che ho detto sull'argomento si applica analogamente alla parola “libertà” e ad alcuni termini derivati come “liberale” e “liberalismo”.

Non è possibile indicare una “cosa” materiale quando ci riferiamo alla libertà nel linguaggio ordinario o nei linguaggi tecnici dell'economia e della politica a cui appartiene la parola. In più, questa parola ha significati differenti a seconda degli ambienti storici in cui è stata usata, sia nel linguaggio ordinario sia nei linguaggi tecnici dell'economia e della politica. Non siamo in grado di comprendere, ad esempio, il significato del vocabolo latino *libertas* senza riferirci a termini tecnici del linguaggio della politica romana come *res publica* o *jus civitatis*, o come certi altri termini tecnici del tipo *manus* (il potere dei *patres familias*)

sulle loro mogli, figli, schiavi, sulla terra, sui beni mobili e così via) o *manumissio*, che designava l'atto giuridico – o piuttosto la cerimonia giuridica – con cui uno schiavo mutava il suo *status* e diventava *libertus*. D'altra parte, non possiamo comprendere il significato di “libertà” nel linguaggio della politica dell'Inghilterra moderna senza riferirci ad altri termini tecnici come *habeas corpus* o *rule of law*, che non sono mai stati tradotti, per quanto ne so, in parole esattamente corrispondenti di altre lingue.

A prescindere da queste implicazioni tecniche, la parola “libertà” è entrata da molto tempo nel linguaggio ordinario dei paesi occidentali. Questo ha comportato una sconnessione della parola stessa rispetto a parecchi termini tecnici appartenenti al linguaggio politico o giuridico di questi paesi, finendo, negli ultimi cento anni, per fluttuare completamente disancorata. Una serie di persone differenti, in diversi luoghi, ha introdotto mutazioni semantiche ad arbitrio. I filosofi hanno proposto molti significati nuovi che sono in contrasto con quelli già accettati nei linguaggi ordinari dell'Occidente. Gente astuta ha cercato di sfruttare le connotazioni favorevoli di questa parola per convincere gli altri a cambiare i loro comportamenti in comportamenti nuovi e addirittura opposti. Sono sorte confusioni il cui numero e la cui gravità sono aumentati in proporzione ai vari usi della parola “libertà” in filosofia, economia, politica, etica e via dicendo.

Per fare un esempio banale, la stessa parola *free*, come usata in inglese ordinario, non corrisponde sempre al francese *libre* e all'italiano *libero*. Naturalmente, gli Italiani e i Francesi le attribuiscono parecchi significati che corrispondono a quelli inglesi e americani, come quando si dice che i negri americani diventarono *free* – cioè non più in schiavitù – dopo la guerra civile. Tuttavia, per esempio, né i Francesi né gli Italiani usano *libre* o *libero* per intendere gratuito, come fanno invece gli Inglesi e gli Americani.

È divenuto consueto, specialmente nei tempi moderni, parlare della libertà come di un principio fondamentale dei buoni sistemi politici. Tuttavia, il significato di “libertà”, quando è usata per definire o per denominare tale principio, non è affatto il medesimo nel linguaggio ordinario di ciascun paese. Quando, per esempio, il colonnello Nasser o i *fellagha* algerini parlano delle loro “libertà” o della “libertà” dei loro paesi, si riferiscono anche o esclusivamente a qualcosa che è del tutto differente da ciò che intendevano i Padri Fondatori nella Dichiarazione di Indipendenza e nei primi dieci emendamenti della costituzione americana. Non tutti gli Americani sono disposti a riconoscere questo fatto. Non posso essere d'accordo con autori come Chester Bowles, che nel suo libro *New Dimensions of Peace* (London, 1956) afferma chiaramente che c'è una differenza scarsa o nulla, da questo punto di vista, fra l'atteggiamento politico dei coloni inglesi nei territori americani dominati dalla Corona britannica e quello di popoli come gli Africani, gli Indiani e i Cinesi che ora celebrano la “libertà” nei loro rispettivi paesi.

Gli ordinamenti politici inglese e americano sono stati imitati fino a un certo punto, e sono ancora imitati in molti aspetti, da tutti i popoli del mondo. Le nazioni europee hanno escogitato alcune belle imitazioni di questi ordinamenti, e questo è dovuto anche alla circostanza che la loro storia e la loro civiltà erano in qualche modo simili a quella dei popoli di lingua inglese. Molti paesi europei, imitati a loro volta dalle loro ex colonie in tutto il mondo, hanno introdotto nei loro ordinamenti politici qualcosa di simile al parlamento inglese o alla costituzione americana e perciò si lusingano di avere una “libertà” politica del tipo di quella goduta, nel passato o nel presente, dagli Inglesi e dagli Americani. Sfortunatamente, anche in paesi della più antica civiltà europea, come ad esempio l'Italia, “libertà” come principio politico significa qualcosa di diverso da quel

che significherebbe se fosse veramente connessa, come in Inghilterra e negli Stati Uniti, con l'istituzione dell'*habeas corpus* o con i primi dieci emendamenti della costituzione americana. Le regole sembrano quasi le stesse, ma non funzionano allo stesso modo. Né i cittadini né i funzionari pubblici le interpretano alla maniera inglese e americana, e perciò la pratica che ne risulta è, in parecchi aspetti, piuttosto diversa.

La mia tesi non può essere illustrata da un esempio migliore del fatto che, in Inghilterra e negli Stati Uniti, le vertenze penali devono essere – e sono davvero – risolte con un “procedimento rapido e pubblico”, come richiesto dal sesto emendamento della costituzione americana. In altri paesi, compresa l'Italia, nonostante precise norme sulla custodia cautelare (per es. l'art. 272 del codice di procedura penale italiano), un uomo che deve rispondere di un reato può stare in prigione per uno o due anni prima del giudizio. Capita che, se alla fine viene trovato colpevole, debba essere messo in libertà perché ha già trascorso in prigione il periodo stabilito dalla sentenza. Naturalmente, se si è dimostrato non colpevole, nessuno può restituirgli gli anni perduti in galera. Qualche volta si dice che in Italia i giudici non sono abbastanza numerosi e che forse l'organizzazione processuale non è efficiente come potrebbe essere, ma evidentemente l'opinione pubblica non è abbastanza attenta e sollecita nel denunciare questi difetti del sistema giudiziario: essi non appaiono così chiaramente incompatibili col principio della libertà politica come lo sarebbero per l'opinione pubblica dell'Inghilterra o degli Stati Uniti.

Così, “libertà”, in quanto termine designante un principio politico generale, può avere, per ordinamenti politici diversi, significati solo apparentemente simili. Si deve anche rilevare che questa parola può variare di significato in differenti epoche della storia del medesimo ordinamento giuridico e che – cosa anche più importante – può avere

significati diversi nello stesso tempo e nel medesimo ordinamento, in circostanze diverse e per persone differenti.

Un esempio del primo caso è dato dalla storia della coscrizione militare nei paesi anglosassoni. Fino a epoche relativamente recenti, la coscrizione obbligatoria, almeno in tempo di pace, era considerata incompatibile con la libertà politica sia dagli Inglesi sia dagli Americani. Europei continentali come i Francesi e i Tedeschi (o gli Italiani dalla seconda metà del secolo scorso) consideravano quasi evidente di per sé la necessità di accettare la coscrizione militare obbligatoria come una caratteristica necessaria dei loro ordinamenti politici, senza neppure chiedersi se si potessero ancora chiamare “liberi”. Mio padre, che era italiano, mi raccontava che, quando andò in Inghilterra per la prima volta, nel 1912, chiedeva ai suoi amici inglesi come mai non avessero la coscrizione obbligatoria, quando invece la Germania stava diventando una formidabile potenza militare. Egli ricevette sempre la stessa orgogliosa risposta: «Perché noi siamo un popolo libero.» Se mio padre potesse visitare di nuovo l’Inghilterra o l’America, l’uomo della strada non gli direbbe che questi paesi ora non sono “liberi” perché c’è la coscrizione obbligatoria. Il senso della libertà politica in questi paesi è semplicemente mutato nel frattempo. A causa di questi cambiamenti, sono andate perdute delle connessioni che prima erano date per scontate, e appaiono contraddizioni abbastanza bizzarre per i tecnici, ma accettate, inconsciamente o addirittura di buon grado, come ingredienti naturali del sistema economico e politico.

I poteri giuridici senza precedenti assegnati oggi alle Trade Unions negli Stati Uniti e in Gran Bretagna sono un buon esempio di ciò che intendo, in tale prospettiva, per “contraddizioni”. Come ha sostenuto il *Chief Justice* dell’Irlanda del Nord lord MacDermont nelle sue *Hamlin Lectures* (1957), il Trade Disputes Act del 1906 «mise le Trade Unions nella stessa posizione privilegiata di cui la

Corona britannica aveva goduto fino a dieci anni prima in merito ad atti illeciti compiuti per suo conto». Questa legge accordava protezione a una serie di atti compiuti in attuazione di un accordo o di una transazione in materia di controversia di lavoro, atti che prima erano sempre stati legalmente perseguibili – per esempio, azioni che inducono alla rottura di un contratto di lavoro o interferiscono col commercio, gli affari o l'occupazione di qualche altra persona, o col diritto di disporre del proprio capitale o del proprio lavoro. Come fa notare MacDermont, questa è una disposizione molto ampia, e può essere usata anche per atti compiuti al di fuori del lavoro e inevitabilmente destinati a provocare danno a terzi, estranei alla disputa. Un'altra legge, il Trade Union Act del 1913, abrogata da un altro Trade Disputes and Trade Union Act del 1927, ma ripristinata completamente dal Trade Disputes and Trade Union Act del 1946, anno in cui tornò al governo il partito laburista, diede alle Trade Unions britanniche un enorme potere politico sui loro membri e anche sulla vita politica complessiva del paese, in quanto autorizzò queste organizzazioni a spendere il denaro dei loro membri per scopi non connessi direttamente al lavoro e senza neppure consultare i membri stessi su che cosa volessero veramente fare col loro denaro.

Prima dell'approvazione di questi Trade Union Acts, non c'era dubbio sul fatto che il significato della "libertà" politica in Inghilterra fosse connesso con la pari protezione della legge, concessa, contro la coercizione di chiunque, affinché ciascuno disponesse come desiderava del proprio capitale e del proprio lavoro. Dopo l'emanazione di queste leggi, non c'è più protezione contro chiunque sotto questo aspetto, e indubbiamente ciò ha introdotto un'impressionante contraddizione nell'ordinamento per quanto riguarda la libertà e il suo significato. Chi è oggi cittadino delle isole britanniche è libero di disporre del suo capitale e del suo lavoro trattando con dei privati, ma non più se ha a

che fare con persone che appartengono alle Trade Unions o agiscono per conto di esse.

Negli Stati Uniti, in virtù dell'Adamson Act del 1916, il governo federale usò per la prima volta il suo potere di polizia per fare – come scrive Orval Watts nel suo brillante studio *Union Monopoly* – qualcosa che i sindacati «non avrebbero conquistato senza una lunga e dispendiosa lotta». Il Norris-La Guardia Act del 1932, in un certo senso l'equivalente americano del Trade Union Act inglese del 1906, restrinse l'uso delle *injunctions* dei giudici federali in materia di lavoro. Nel diritto inglese e americano le *injunctions* sono ordinanze del tribunale che vietano a certe persone di compiere atti che provocherebbero una perdita cui non potrebbe porre rimedio una successiva azione per danni. Come osserva Watts, «le *injunctions* non creano diritto. Esse applicano semplicemente principî giuridici già contenuti nei codici, e i sindacati spesso le usano a questo scopo contro datori di lavoro e sindacati rivali». In origine, le *injunctions* venivano emesse solitamente dai giudici federali a favore dei datori di lavoro laddove un gran numero di dipendenti potesse causare danno con un proposito illecito e con atti illeciti, come la distruzione della proprietà. Le corti americane si comportavano in modo simile a quello delle corti inglesi prima del 1906. La legge inglese del 1906 era concepita a vantaggio delle unioni sindacali contro le decisioni delle corti inglesi, proprio come il Norris-La Guardia Act era finalizzato alla difesa dei sindacati contro le ordinanze delle corti americane. A prima vista si potrebbe pensare che le corti inglesi e americane avessero pregiudizi contro le unioni sindacali. Molti lo sostengono sia negli Stati Uniti sia in Inghilterra. In realtà, le corti adottavano contro i sindacati soltanto i medesimi principî adottati tuttora contro persone che si associano, ad esempio, per danneggiare la proprietà. I giudici non potevano ammettere che i medesimi principî che proteggevano le

persone dalla costrizione di altri potessero essere ignorati quando questi altri erano funzionari o membri del sindacato. Per i giudici, il termine “libertà dalla costrizione” aveva un significato tecnico evidente che spiegava l’emissione di ingiunzioni per tutelare i datori di lavoro, come qualsiasi altra persona, dalla coercizione altrui.

Tuttavia, dopo l’approvazione del Norris-La Guardia Act, ciascuno divenne “libero” dalla costrizione di qualsiasi altro fuorché nei casi in cui funzionari e membri dei sindacati volessero costringere i datori di lavoro ad accettare le loro richieste minacciando o provocando effettivamente danni ai datori di lavoro stessi. Perciò l’espressione “libertà dalla costrizione”, nel caso particolare delle ingiunzioni, ha mutato il suo significato in America non meno che in Inghilterra, fin dall’approvazione del Norris-La Guardia Act americano e del Trade Disputes Act inglese del 1906. Il Wagner Labor Relations Act nel 1935 peggiorò ancora la situazione, non soltanto limitando ulteriormente il significato di “libertà” per la parte dei cittadini che erano datori di lavoro, ma anche cambiando apertamente il significato della parola “interferenza”, e perciò introducendo una confusione semantica che merita di essere citata in una rassegna linguistica sulla “libertà”. Come ha sottolineato Watts, «nessuno dovrebbe *interferire* con l’attività legittima di chiunque altro se *interferire* significa usare la coercizione, la frode, l’intimidazione, la costrizione o la violenza verbale». Perciò un salariato non interferisce nella attività del proprietario della General Motors quando va a lavorare per la Chrysler. Ma, come nota Watts nel suo saggio, non si può dire che egli non interferisca se dobbiamo applicare i criteri usati dal Wagner Act per stabilire quando un datore di lavoro “interferisce” con l’attività sindacale dei lavoratori. Questa legge sancisce, ad esempio, che il datore di lavoro “interferisce” quando assume lavoratori che non siano iscritti al sindacato, a preferenza di lavoratori iscritti.

Così, il sorprendente risultato semantico di questo uso della parola “interferenza” è che, mentre i sindacalisti non “interferiscono” quando costringono i datori di lavoro ad accettare le loro richieste con atti illeciti, i datori di lavoro “interferiscono” quando non costringono nessuno a fare alcunché.³

Questa situazione ci ricorda alcune definizioni bizzarre, come quella data da Proudhon («La proprietà è un furto»), o la vicenda di Akaki Akakievitch, nel famoso racconto di Gogol *Il cappotto*, in cui un rapinatore priva un poveretto del suo cappotto dicendo: «Hai rubato il mio cappotto!» Se si considerano le connessioni, nel linguaggio ordinario, della parola “libertà” con la parola “interferenza”, ci si può fare un’idea corretta dell’influenza che un mutamento come quello che abbiamo visto ha sul significato stesso di “libertà”.

Se chiediamo qual è il vero significato di “libertà dalla costrizione” in ordinamenti politici e giuridici contemporanei come quello americano o inglese, dobbiamo affrontare notevoli difficoltà. Ad essere onesti, dobbiamo dire che c’è più di un significato giuridico dell’espressione “libertà dalla costrizione”, a seconda delle persone che vengono costrette.

Molto probabilmente questa situazione è connessa a un mutamento semantico nel senso attribuito dal linguaggio ordinario alla parola “libertà”, che è stato provocato, e che tuttora continua a venir promosso in tutto il mondo, da enormi gruppi di pressione e propaganda. Mises ha ragione quando afferma che i sostenitori del totalitarismo contemporaneo hanno cercato di rovesciare il significato della parola “libertà” – come era più o meno comunemente accettato, in passato, nella civiltà occidentale – usandola per descrivere la condizione di individui in un sistema nel quale non hanno nessun diritto all’infuori di quello di obbedire agli ordini.

Questa rivoluzione semantica è probabilmente legata, a sua volta, alle speculazioni di certi filosofi che si compiacciono di definire la “libertà”, in opposizione a tutti i significati consueti della parola nel linguaggio ordinario, come qualcosa che implica la coercizione. Così Bosanquet, il discepolo inglese di Hegel, poté affermare nella sua *Philosophical Theory of the State* che «possiamo dire senza contraddizione di essere costretti ad essere liberi». Sono d'accordo con Maurice Cranston, il quale suggerisce che simili definizioni della libertà si fondano principalmente su una teoria dell'“uomo biforcuto”, cioè di un uomo come “unità di corpo e spirito”, allo stesso tempo razionale e “irrazionale”. La libertà, perciò, implicherebbe una specie di coercizione della parte razionale dell'uomo su quella irrazionale. Ma tali teorie spesso sono strettamente connesse con la nozione di una coazione che può essere applicata fisicamente dalle sedicenti persone razionali per conto delle presunte persone “irrazionali”, ma anche, alla fine, contro la loro volontà. Le teorie di Platone mi sembrano l'esempio più famoso di questo genere di impostazioni. La sua nozione filosofica di uomo biforcuto è strettamente connessa con la sua nozione politica di società in cui le persone razionali devono governare le altre, a prescindere, se necessario, dal consenso di queste ultime – come i chirurghi, egli afferma, tagliano e bruciano senza curarsi dei lamenti dei loro pazienti.

Tutte queste difficoltà ci ammoniscono che non è possibile usare la parola “libertà” ed essere compresi correttamente senza prima definire con chiarezza il significato che attribuiamo alla parola. Una definizione oggettiva e univoca della libertà non può avere successo. Non esiste una cosa come la “libertà”, indipendentemente da chi ne parla. In altri termini: non possiamo definire la libertà allo stesso modo in cui definiamo un oggetto materiale che tutti possono indicare.

II

Libertà e costrizione

Un modo d'affrontare il problema della definizione di "libertà" più accorto di quello da noi rifiutato dovrebbe comprendere un'indagine preliminare sulla natura e sullo scopo di tale definizione. È consuetudine distinguere fra le definizioni "stipulative" e le definizioni "lessicali". Entrambe descrivono il significato attribuito a una parola: ma la prima si riferisce al significato che l'autore della definizione stessa propone di adottare per la parola in questione, mentre la seconda si riferisce al significato datole nell'uso comune.

Dalla seconda guerra mondiale è emersa una nuova tendenza nella filosofia del linguaggio. Essa riconosce l'esistenza di espressioni linguistiche il cui scopo non è soltanto descrittivo, o non lo è affatto – espressioni linguistiche che il cosiddetto Circolo di Vienna avrebbe condannato come assolutamente sbagliate o inutili. Gli aderenti a questo nuovo movimento riconoscono anche espressioni linguistiche non descrittive, talvolta dette "persuasive". Lo scopo delle definizioni persuasive non è di descrivere le cose, ma di modificare il significato tradizionale delle parole che hanno connotazioni favorevoli, per indurre le persone ad adottare certe credenze o certi comportamenti. È evidente che parecchie definizioni di "libertà" possono – e per questo sono state escogitate – indurre la gente, ad esempio, ad ubbidire a qualche governante. La formulazione di tali definizioni persuasive non sarebbe un compito appropriato ad uno studioso. D'altra parte, lo studioso ha il diritto di creare

definizioni stipulative di “libertà”. In questo modo, egli può sfuggire all'accusa di usare definizioni equivocate con propositi ingannevoli e, nello stesso tempo, liberarsi dalla necessità di adottare una definizione lessicale, le cui difficoltà sono evidenti a causa della menzionata molteplicità di significati attribuiti alla parola “libertà”.

Ad uno sguardo superficiale, le definizioni stipulative possono sembrare la soluzione del problema. La stipulazione sembra dipendere interamente da noi o, tutt'al più, da un interlocutore che si mette d'accordo con noi su che cosa vogliamo definire. Quando i filosofi della scuola linguistica parlano di definizioni stipulative, sottolineano la arbitrarietà di tali formulazioni. Questo è mostrato, per esempio, dall'entusiasmo con cui i sostenitori delle definizioni stipulative citano una autorità che non è propriamente un filosofo, o perlomeno non è un filosofo ufficiale. Questo signore così spesso citato è Lewis Carroll, il brillante autore di *Alice nel paese delle meraviglie* e di *Attraverso lo specchio*, che descrive i personaggi assurdi e stravaganti incontrati da Alice nei suoi viaggi. Uno di questi, Humpty Dumpty, faceva dire alle parole ciò che egli voleva significassero e pagava loro anche una specie di salario per il loro servizio.

«Quando *io* uso una parola» disse Humpty Dumpty piuttosto altezzosamente «essa significa precisamente ciò che scelgo che significhi... né più né meno».

«La questione è» replicò Alice «se voi *potete* dare alle parole così tanti significati diversi».

«La questione è» rispose Humpty Dumpty «chi ha da essere il padrone... ecco tutto».¹

Quando parlano di definizioni stipulative, i filosofi analitici hanno in mente soprattutto quelle della logica e della matematica, in cui ciascuno sembra libero di cominciare quando e dove vuole, purché definisca con precisione i termini che usa nel suo ragionamento. Senza addentrarci

nel complicato problema della natura delle procedure logiche e matematiche, ci sentiamo tuttavia obbligati a dare un allarme contro la confusione fra queste procedure e quelle di chi parla di questioni come la "libertà". Un triangolo è certamente un concetto, a prescindere dal fatto che questo concetto sia o no anche qualcos'altro, per esempio un oggetto di esperienza, di intuizione o altro. La "libertà", pur presentandosi come un concetto, è anche qualcosa che molti considerano una ragione di vita, per la quale si dicono pronti a combattere, e della quale asseriscono di non poter fare a meno. Non penso che questa gente combatterebbe per i triangoli. Forse lo farebbe qualche matematico. Ma molte persone dichiarano di essere disposte a combattere per la libertà come per un pezzo di terra o per proteggere la vita dei loro cari.

Non voglio fare un panegirico della libertà. I fatti di cui abbiamo parlato si possono verificare facilmente nella storia di molti paesi e osservare nella vita quotidiana. La circostanza che la gente sia pronta a combattere per la propria "libertà" è connessa al fatto che essa dice anche di aver "conservato" o "perso" o "restaurato" la propria libertà, sebbene non sostenga mai di aver "conservato" o "perso" o "restaurato" i triangoli o altri analoghi concetti geometrici. D'altra parte, non si può effettivamente indicare la "libertà": non è una cosa materiale. Anche se considerata come una cosa materiale, la "libertà" non potrebbe essere per tutti la medesima, perché questo termine ha diversi significati. Nondimeno, si può dire che la "libertà" è una realtà e una cosa definita, almeno per ogni persona che ne parla. La "libertà" può essere una situazione giudicata conveniente a coloro che la lodano; può essere un oggetto di esperienza non sensibile, che rende coscienti di cose non materiali come valori, convinzioni e così via. La "libertà" appare un oggetto di esperienza psicologica: ciò significa che non è concepita dalla gente normale come una parola,

cioè come una entità nominale sul cui significato basta essere d'accordo tramite una stipulazione simile a quelle della matematica e della logica.

In queste condizioni, dubito che sia possibile definire stipulativamente la "libertà". Naturalmente, ogni definizione è in qualche misura stipulativa, perché implica un certo accordo su come si deve usare una parola. Anche le definizioni lessicali non escludono le stipulazioni sul modo di descrivere, per esempio, che cosa si intende con una certa parola di uso comune in Francia, o in Inghilterra, o in entrambi i paesi o in tutto il mondo. Così, possiamo fare stipulazioni sulle lingue da prendere in considerazione nell'elaborare una definizione lessicale, o sulla scelta del significato di una parola quando il dizionario ne dà più di uno. Ma in tutti questi casi non dimentichiamo mai che ci sono degli usi contemplati dai normali dizionari, i quali non possono venir cambiati stipulativamente senza trascurare i significati delle parole come sono nell'uso effettivo di altra gente.

Le stipulazioni sono semplicemente strumenti per trasmettere ad altri qualcosa che vogliamo essi sappiano. In altre parole, sono mezzi per comunicare informazioni, ma il contenuto informativo in se stesso non può essere stipulato. Possiamo stipulare che il nero sia chiamato "bianco" e il bianco "nero", ma non possiamo fare stipulazioni sulle esperienze sensoriali effettive che comunichiamo e a cui diamo arbitrariamente il nome "bianco" o "nero". Una stipulazione è possibile e anche utile nella misura in cui c'è un *fattore comune* che determina la riuscita della comunicazione. Il fattore comune può essere un'intuizione nella matematica, o una esperienza sensoriale nella fisica, ma non è soggetto in se stesso a stipulazione. Ogni volta che una stipulazione sembra basata su un'altra stipulazione, il problema di trovare un fattore comune che permetta alla stipulazione di funzionare è soltanto rimandato. Questo

sarebbe il limite del potere di Humpty Dumpty, se non fosse un personaggio immaginario di un racconto per bambini, ma una persona reale che fa stipulazioni con altri sull'uso di una parola.

Così, sarebbe poco utile una definizione stipulativa della "libertà" che non trasmettesse ad altri un qualche genere di informazione già incluso nella sua comprensione comune, ed è lecito dubitare che i teorici, parlando di definizioni stipulative, avessero davvero in mente una cosa come la "libertà".

Perciò, se una definizione stipulativa della libertà vuole avere significato, deve trasmettere delle informazioni. È dubbio se una informazione conoscibile solo dal suo autore sia di un qualche interesse per altri che non condividono il contenuto dell'informazione. Essendo completamente personale, non sarebbe interessante per gli altri, anzi, sarebbe impossibile manifestarla ad altri. Una definizione della libertà esclusivamente stipulativa non potrebbe evitare questo difetto. Ogni volta che i filosofi politici hanno proposto una definizione stipulativa della "libertà", non hanno cercato solo di trasmettere informazioni sui loro sentimenti e sulle loro opinioni personali, ma anche di rammentare agli altri sentimenti e credenze che ritenevano di avere in comune con coloro cui si rivolgevano. Anche in questo senso le definizioni stipulative di "libertà" proposte di tanto in tanto dai filosofi politici riguardano più o meno chiaramente un qualche uso lessicale della parola "libertà" e perciò una qualche ricerca lessicologica su di esso.

Quindi, in ultima analisi, una definizione veramente efficace di "libertà" deve essere lessicale, a prescindere dalle difficoltà della ricerca lessicologica ad essa collegate.

In sintesi: "libertà" è una parola impiegata nel linguaggio ordinario per indicare tipi particolari di esperienze psicologiche. Queste esperienze differiscono a seconda del tempo e del luogo, e sono connesse con concetti astratti

e termini tecnici, ma non possono identificarsi solo con concetti astratti, né ridursi a una semplice parola. Infine è possibile, probabilmente utile e anche necessario, formulare una definizione stipulativa di libertà, ma le stipulazioni non possono sottrarsi alla ricerca lessicologica perché essa soltanto è in grado di rivelare il significato attribuito effettivamente alla parola nel linguaggio ordinario.

Incidentalmente, “libertà” è una parola con connotazioni favorevoli. Forse può essere utile aggiungere che la parola “libertà” ha questo carattere perché la gente la usa per indicare il proprio apprezzamento di ciò che chiamano “essere liberi”. Come ha osservato Maurice Cranston in *Freedom* (London, 1953), non si usano mai espressioni come «sono libero» per intendere che si è privi di qualcosa che si considera buono. Nessuno dice, almeno parlando di faccende quotidiane, «sono libero di soldi» o «sono libero di salute». Quando si vuole indicare l'assenza di cose buone, si dice che si è privi di qualcosa: e questo vale, per quanto ne so, per tutte le lingue europee presenti e passate. In altre parole, essere “liberi” da qualcosa significa “essere senza qualcosa che non è buona per noi”, mentre essere privi di qualcosa significa mancare di qualcosa di buono.

Naturalmente, la libertà ha poco significato se ha come complemento solo l'espressione “da qualcosa”, e ci attendiamo che la gente ci dica anche che cosa è libera di fare. Ma sembra indiscutibile la presenza di una implicazione negativa nella parola “libertà” e in certe parole collegate come “libero” e nei termini derivati. Ad esempio, “liberale” è una parola che designa, sia in Europa sia in America, un atteggiamento insofferente nei confronti della “costrizione”, a prescindere dalla natura della “costrizione” in se stessa, cosa che, a sua volta, è concepita in modo molto diverso dai liberali europei e dai *liberals* americani.

Dunque, nel linguaggio usuale “libertà” e “costrizione” sono termini antitetici. Certo, qualcuno può apprezzare la

“costrizione” o qualche genere di “costrizione”, come gli ufficiali russi di cui Tolstoj diceva che amavano la vita militare perché finiva per essere una sorta di “oziosità comandata”. Nel mondo, molta più gente di quanta forse immaginiamo apprezza la “costrizione”. Aristotele osservò con molta acutezza, all’inizio della *Politica*, che le persone si dividono in due grandi categorie, i nati per comandare e i nati per obbedire. Ma anche se ci piace la “costrizione”, sarebbe un abuso di parole dire che la “costrizione” è libertà. Tuttavia, nel mondo occidentale, l’idea che la “costrizione” sia connessa molto strettamente con la libertà è vecchia almeno quanto la storia delle dottrine politiche.

Penso che questa circostanza si spieghi principalmente col fatto che non si può dire che nessuno è “libero da” altri se questi sono “liberi” di costringerlo in qualche modo. In altre parole, si è “liberi” se si è in grado, in qualche modo, di costringere altri ad astenersi dal costringere noi sotto qualche aspetto. In questo senso, “libertà” e “costrizione” sono inevitabilmente connesse: questo si dimentica troppo spesso quando si parla di “libertà”. Ma la “libertà” in se stessa, nel linguaggio ordinario, non è mai “costrizione”, e la costrizione che è legata inevitabilmente con la libertà è solo una costrizione negativa: cioè, una costrizione imposta solo per far rinunciare altri a costringere a loro volta. E questo non è solo un gioco di parole: è una descrizione stringatissima del significato di parole del linguaggio ordinario di società politiche in cui gli individui abbiano un qualsiasi diritto che deve essere rispettato, o, per così dire, qualora abbiano un diritto negativo che dia loro titolo ad essere chiamati “liberi”.

In questo senso, possiamo dire che il “libero mercato” implica anche inevitabilmente l’idea di una “costrizione”, nel senso che tutti i membri di una società di mercato hanno la facoltà di esercitare restrizioni contro persone come rapinatori e ladri. Non c’è un “libero mercato” senza,

al di sopra di esso, un qualche potere di coazione. Un mercato libero è radicato in una situazione in cui chi fa transazioni ha un qualche potere di limitare i nemici del libero mercato stesso. Questo aspetto non è messo sufficientemente in evidenza da quegli autori che, occupandosi del “libero mercato”, finiscono per trattarlo come la antitesi per eccellenza rispetto alla costrizione governativa.

Così, per esempio, Mises, un autore che ammiro molto per la sua difesa adamantina del “libero mercato”, sulla base di un ragionamento lucido e irresistibile e di una superba padronanza di tutte le questioni, dice che «la libertà è un termine usato per la descrizione delle condizioni sociali degli individui membri di una società di mercato in cui il potere dell’indispensabile vincolo egemonico, lo Stato, è imbrigliato per paura che l’operare del mercato sia messo in pericolo».² Notiamo qui che egli ha qualificato come “indispensabile” il vincolo egemonico dello Stato, ma che intende per libertà una «restrizione imposta sull’esercizio del potere di polizia»,³ senza precisare, come mi sembrerebbe ragionevole dal punto di vista di un libero negoziatore, che la libertà significa anche restrizione imposta al potere di chiunque altro di interferire col mercato libero. Appena ammettiamo questo significato di libertà, il vincolo egemonico dello Stato non è solo qualcosa da imbrigliare, ma anche – e soprattutto – qualcosa di cui facciamo uso per imbrigliare l’azione di altre persone.

Gli economisti non negano, ma neppure considerano debitamente il fatto, che ogni atto economico, di regola, è anche un atto giuridico le cui conseguenze possono essere fatte rispettare dalle autorità se, ad esempio, le parti non si comportano come ci si aspettava in base al loro accordo. Come ha mostrato Lionel Robbins nel suo *The Nature and Significance of Economics*, gli studi sulla connessione fra economia e legge sono ancora piuttosto insoliti da parte degli economisti, e la connessione stessa, sebbene

indiscutibile, è piuttosto trascurata. Molti economisti hanno dibattuto sulla distinzione fra lavoro produttivo e improduttivo, ma pochi hanno preso in esame ciò che Lindley Frazer, in *Economic Thought and Language*, chiama lavoro “produttivo in modo scorretto” – cioè lavoro che è utile per il lavoratore, ma non per quelli per cui, o *contro* cui, lavora. Il lavoro “produttivo in modo scorretto”, come quello dei mendicanti, dei ricattatori, dei rapinatori e dei ladri, rimane fuori dallo sguardo degli economisti, probabilmente perché danno per scontato che esso è normalmente contro la legge. In questo modo, gli economisti riconoscono che le utilità da essi di solito considerate sono solo quelle compatibili con le leggi vigenti. Così, la connessione fra l'economia e la legge è implicita, ma è raramente considerata dagli economisti come un oggetto specifico, degno della loro ricerca. Essi considerano, per esempio, lo scambio di beni, ma non le relazioni umane che rendono possibile uno scambio di beni, regolato e occasionalmente imposto, a questo scopo, dal diritto di tutti i paesi. Perciò, un mercato libero sembra qualcosa di più “naturale” del governo, o almeno indipendente dal governo, se non addirittura qualcosa che bisogna mantenere “contro” il governo. In realtà, un mercato non è più “naturale” del governo stesso, ed entrambi non sono più naturali, per esempio, dei ponti. Chi ignora questo fatto, dovrebbe prendere sul serio un distico cantato una volta in un *cabaret* di Montmartre:

*Voyez comme la nature a eu un bon sens bien profond
À faire passer les fleuves justement sous les ponts.*

Certo, la teoria economica non ha ignorato che è il governo a dare alle persone il potere pratico di sottrarsi alla costrizione da parte di altri: Robbins lo sottolinea appropriatamente nel suo saggio, *The Theory of Economic Policy in English Political Economy* (London, 1952), notando che «avremmo una visione del tutto distorta» del

significato della dottrina di ciò che Marshall chiamava il sistema della libertà economica «a meno che non lo vediamo in combinazione con la teoria del diritto e delle funzioni del governo che i suoi autori (da Smith in poi) proponevano in aggiunta». Come dice Robbins, «l'idea di libertà *in vacuo* era del tutto aliena dalle loro concezioni». Ma Robbins mostra anche, in *Economic Planning and International Order* (London, 1937), che gli economisti classici dedicavano troppo poca attenzione al fatto che il commercio internazionale non può emergere come semplice conseguenza della teoria dei costi comparativi, ma richiede una qualche organizzazione internazionale giuridica per tener lontani i nemici del libero scambio internazionale, che, entro un certo limite, sono paragonabili ai nemici del libero mercato interno come rapinatori o ladri.

D'altra parte, lo stesso fatto che la costrizione è, in qualche modo, inevitabilmente legata alla "libertà" in tutte le società politiche, ha dato origine o almeno favorito l'idea che la "libertà crescente" potesse essere compatibile con la "costrizione crescente". A sua volta questa idea è stata connessa con una confusione sul significato dei termini "costrizione" e "libertà", che non è dovuta solamente alla propaganda, ma anche alle incertezze che possono sorgere sul significato di queste parole nel linguaggio ordinario.

Mises dice che la "libertà" è un concetto umano. Dobbiamo aggiungere che è umana in quanto si intende sempre una qualche preferenza da parte di uomini, quando si usa il termine nel linguaggio ordinario. Ma questo non significa che si può dire un uomo "libero" solo dal potere di altri uomini. Un uomo può anche dirsi "libero" da una malattia, dalla paura, dal bisogno, come in effetti avviene nel linguaggio ordinario. Ciò ha incoraggiato alcuni a considerare la "libertà dalla costrizione da parte di altri uomini" alla pari, ad esempio, con la "libertà dal bisogno", senza notare che il secondo tipo di libertà può non avere nulla a che

fare col primo. Un esploratore può soffrire la fame nel deserto dove è voluto andare da solo senza essere costretto da nessuno. Non è “libero dalla fame”, ma è, come prima, completamente “libero dalla coazione o dalla costrizione” da parte di altri.

Numerosi pensatori, antichi e moderni, hanno cercato di connettere la circostanza che alcuni non sono liberi dalla fame o dalla malattia col fatto che altri, nella medesima società, non sono liberi dalla costrizione dei loro concittadini. Naturalmente, la connessione è evidente quando qualcuno è in schiavitù di altri, che lo trattano male e lo lasciano morire di fame, per esempio. Ma non è altrettanto evidente quando le persone non sono schiave di altre. Tuttavia, alcuni pensatori hanno erroneamente creduto che, ogni qualvolta qualcuno manca di qualcosa di cui ha bisogno o che semplicemente desidera, ne è stato ingiustamente “privato” da parte di chi possiede queste cose.

La storia è tanto piena di esempi di violenza, rapina, invasioni di territori e così via, che molti pensatori si sono sentiti giustificati a sostenere che l'origine della proprietà privata è semplicemente la violenza e perciò essa va considerata come irrimediabilmente illecita sia oggi sia nei tempi primitivi. Gli Stoici, ad esempio, immaginavano che l'intera terra fosse originariamente comune a tutti gli uomini. Questa condizione leggendaria si chiamava *communis possessio originaria*. Certi Padri della Chiesa, soprattutto nei paesi latini, riecheggiarono questa idea. Così Sant'Ambrogio poté scrivere nel quinto secolo d.C. che la natura aveva disposto che le cose fossero comuni a tutti e che i diritti di proprietà privata erano frutto di usurpazione. Egli cita gli Stoici, secondo i quali ogni cosa, in mare e in terra, fu creata per l'uso comune di tutti gli esseri umani. Un discepolo di Sant'Ambrogio, detto l'Ambrosiastro, afferma che Dio ha dato agli uomini ogni cosa in comune, e questo vale per il sole e la pioggia come per la terra. San Zeno di

Verona (cui è dedicata una delle più splendide chiese del mondo) sostiene le stesse cose riferendosi agli uomini dei tempi antichissimi: «Non avevano proprietà privata, ma possedevano tutto in comune, come il sole, i giorni, le notti, la pioggia, la vita e la morte, in quanto tutte queste cose erano state date loro in pari grado, senza eccezioni, dalla provvidenza divina.» E il medesimo santo aggiunge, accettando evidentemente l'idea che la proprietà privata è il risultato di costrizione e tirannide: «Il proprietario privato è senza dubbio simile a un tiranno, avendo egli stesso, da solo, il controllo totale di cose che sarebbero utili a parecchie altre persone.» Un'idea molto simile si può trovare, qualche secolo più tardi, nelle opere di certi canonisti. Per esempio, l'autore della prima sistematizzazione delle regole della Chiesa, il cosiddetto *decretum Gratiani*, dice: «Chiunque voglia possedere più cose di quante gliene abbisognino è un ladro.»

I socialisti moderni, compreso Marx, hanno semplicemente prodotto una revisione di questa stessa idea. Per esempio, Marx distingue varie fasi della storia dell'umanità: una prima, in cui i rapporti di produzione erano cooperativi, ed una seconda, in cui alcune persone acquisirono per la prima volta il controllo dei fattori di produzione, mettendo così una minoranza in posizione di essere rifornita dalla maggioranza. Il vecchio arcivescovo di Milano avrebbe detto, in un linguaggio meno complicato e più efficace: «La natura è responsabile del diritto alla comunanza delle cose, l'usurpazione lo è del diritto privato.»

Naturalmente, possiamo chiedere come sia possibile parlare di "cose comuni a tutti". Chi ha stabilito che tutto è "comune" a tutti gli uomini, e perché? La risposta consueta data dagli Stoici e dai loro discepoli, i Padri cristiani dei primi secoli dopo Cristo, era che, proprio come il sole, la luna e la pioggia sono comuni a tutti, così non c'è ragione di sostenere che non siano comuni le altre cose, come la

terra. Questi paladini del comunismo non si davano la pena di fare un'analisi semantica della parola "comune". Altrimenti, avrebbero scoperto che la terra non può essere "comune" a tutti gli uomini nel medesimo senso in cui lo sono il sole e la luna, e perciò far coltivare la terra in comune alla gente e lasciar godere tutti della luce del sole, del chiaro di luna e dell'aria fresca quando fanno una passeggiata sono due cose molto diverse. Gli economisti moderni spiegano la differenza mostrando che non c'è scarsità di chiaro di luna, mentre c'è scarsità di terra. Nonostante il carattere truistico di questa affermazione, la pretesa analogia fra cose scarse come la terra arabile e cose abbondanti come il chiaro di luna è sempre stata una buona ragione, agli occhi di molti, per sostenere che i nullatenenti sono stati "costretti" dai possidenti, che questi ultimi hanno illegittimamente privato i primi di certe cose in origine "comuni" a tutti. La confusione semantica nell'uso della parola "comune", introdotta dagli Stoici e dai Padri della Chiesa, è stata conservata da tutti i socialisti moderni; inoltre, credo che sia l'origine della tendenza, manifestatasi particolarmente in epoca recente, ad adoperare la parola "libertà" in un senso equivoco, il quale connette la "libertà dal bisogno" con la "libertà dalla costrizione da parte di altri".

A sua volta, questa confusione è legata a un'altra. Quando un droghiere, o un medico, o un avvocato aspettano i clienti, ciascuno di loro può sentirsi dipendente da questi ultimi per il proprio sostentamento. Ciò è vero, in fondo. Ma se non si fa vedere nessuno, sarebbe un abuso di parole sostenere che i clienti che non arrivano costringono il droghiere o il medico o l'avvocato a morire di fame. In realtà, nessuno li ha costretti col solo fatto di non farsi vedere. In termini semplicissimi: in questo caso i clienti non esistono affatto. Se ora supponiamo che appaia un cliente e offra all'avvocato o al medico un onorario minimo, non si può dire che questo particolare cliente sta "costringendo" il medico

o l'avvocato ad accettare la sua paga. Possiamo disprezzare un uomo che sa nuotare e non ne salva un altro che sta affogando, ma sarebbe un abuso di parole dire che, mancando di salvare l'uomo che affoga, lo "costringe" a morire. Qui devo essere d'accordo col giurista tedesco Rudolph Jhering, che era indignato dell'ingiustizia dell'argomento di Porzia contro Shylock e a favore di Antonio nel *Mercante di Venezia* di Shakespeare. Possiamo disprezzare Shylock, ma non possiamo dire che egli ha "costretto" Antonio a stringere con lui un accordo che implicava, nel caso, la morte di quest'ultimo. Ciò che voleva Shylock era solo costringerlo a rispettare l'accordo dopo averlo firmato. Nonostante queste considerazioni evidenti, si è spesso inclini a giudicare Shylock come un assassino e a condannare gli usurai come se fossero ladri o pirati, sebbene né Shylock né un qualsiasi usuraio possano essere propriamente accusati di costringere qualcuno ad andare da loro a chiedere in prestito denaro a tassi di usura.

Nonostante la differenza fra la "costrizione" nel senso di cosa fatta effettivamente per danneggiare, e comportamenti come quello di Shylock, molti, specialmente in Europa negli ultimi cento anni, hanno cercato di iniettare nel linguaggio comune questa confusione semantica. Ne risulta che un uomo che non si è mai impegnato a fare una determinata azione a favore di altri e che perciò non fa niente per loro viene censurato per la sua pretesa "omissione" ed è biasimato come se avesse "costretto" altri a fare qualcosa contro la loro volontà. Secondo me, questa interpretazione non si accorda con l'uso proprio del linguaggio comune in tutti i paesi di mia conoscenza. Non si "costringe" qualcuno semplicemente astenendosi dal fare a suo favore qualcosa che non è stato pattuito.

Tutte le teorie socialiste del cosiddetto sfruttamento dei lavoratori da parte dei datori di lavoro – e in generale dei nullatenenti da parte dei possidenti – sono fondate, in

ultima analisi, su questa confusione semantica. Quando sedicenti storici della Rivoluzione industriale inglese nel diciannovesimo secolo parlano dello “sfruttamento” dei lavoratori da parte dei datori di lavoro, essi presuppongono proprio questa idea, secondo cui i datori di lavoro “costringevano” i lavoratori facendo loro accettare paghe misere per lavori duri. Quando leggi come il Trade Disputes Act inglese del 1906 concessero ai sindacati il privilegio di costringere con atti illeciti i datori di lavoro ad accettare le loro richieste, l’idea era che i lavoratori fossero la parte più “debole” e perciò potessero venir “costretti” dai datori di lavoro ad accettare salari bassi. Il privilegio concesso dal Trade Disputes Act era fondato sul principio familiare ai liberali europei del tempo, e corrispondente anche al significato di “libertà” nel linguaggio comune, e cioè che si è “liberi” quando si può impedire ad altri di costringerci. Il problema era che, mentre la costrizione accordata dalla legge ai sindacati come un privilegio rispondeva al significato della parola nel linguaggio ordinario, la “costrizione” da parte dei datori di lavoro che il privilegio voleva impedire non era intesa nel senso che la parola aveva ed ha nel linguaggio comune. Se si considerano le cose da questo punto di vista, dobbiamo essere d’accordo con Frederick Pollock, che scriveva in *Law of Torts* che «la scienza giuridica non ha evidentemente nulla a che fare con la violenta operazione empirica sul corpo sociale» che il legislatore britannico aveva ritenuto opportuno fare col Trade Disputes Act del 1906. Dobbiamo aggiungere che il linguaggio ordinario non ha nulla a che fare col significato di “costrizione” che rese ai legislatori britannici conveniente far subire al corpo sociale un’operazione così violenta.

Storici senza pregiudizi come T.S. Ashton hanno dimostrato che la situazione generale delle classi povere inglesi dopo le guerre napoleoniche era dovuta a cause che non avevano nulla a che vedere col comportamento degli

imprenditori della nuova epoca industriale e la loro origine risale a un periodo molto più antico della storia inglese. In più, gli economisti hanno spesso mostrato, con argomenti teorici persuasivi e con dati statistici, che i salari alti dipendono dal rapporto fra il capitale investito e il numero dei lavoratori.

Ma questo non è il punto più importante della nostra argomentazione. Se si danno alla “costrizione” tanti significati diversi come quelli che abbiamo appena visto, si può concludere facilmente che gli imprenditori al tempo della Rivoluzione industriale in Inghilterra “costringevano” la gente ad abitare, ad esempio, in case vecchie e insalubri solo perché non costruivano per i loro lavoratori un numero sufficiente di case nuove. Allo stesso modo, si potrebbe dire che gli industriali che non fanno grandi investimenti in macchinario, senza curarsi del possibile rientro, “costringono” i loro lavoratori a contentarsi di salari bassi. In effetti, la confusione semantica è favorita da numerosi gruppi di propaganda e di pressione interessati a dare definizioni persuasive sia di “libertà” sia di “costrizione”. Ne risulta che si può essere censurati per una presunta “costrizione” su gente con cui non si è mai avuto a che fare. Così, la propaganda di Mussolini e di Hitler prima e durante la seconda guerra mondiale comprendeva l’affermazione che i popoli di altri paesi lontani dall’Italia o dalla Germania, come ad esempio il Canada e gli Stati Uniti, “costringevano” gli Italiani e i Tedeschi ad accontentarsi delle loro scarse risorse materiali e dei loro territori comparativamente esigui, sebbene il Canada o gli Stati Uniti non avessero preso un palmo di territorio italiano o tedesco. Allo stesso modo, dopo l’ultima guerra mondiale, molti – e soprattutto gli appartenenti all’intelligenza italiana – ci hanno detto che i ricchi proprietari terrieri dell’Italia meridionale erano direttamente responsabili della miseria dei contadini locali, o che gli abitanti dell’Italia settentrionale erano responsabili

della depressione del Sud, sebbene non si desse nessuna dimostrazione seria che la ricchezza di certi latifondisti meridionali fosse la causa della povertà dei contadini, o che il discreto livello di vita goduto dagli Italiani del Nord fosse la causa della sua assenza nel Sud. Il presupposto di tutte queste idee era che i possidenti dell'Italia meridionale "costringessero" i nullatenenti a condurre una vita di povertà e che gli abitanti dell'Italia settentrionale "costringessero" i meridionali ad accontentarsi di un reddito agricolo anziché industriale. Devo aggiungere che una simile confusione semantica è sottintesa in molte delle richieste rivolte ai popoli dell'Occidente – compresi gli Stati Uniti – e negli atteggiamenti tenuti nei loro confronti dalle classi dominanti di certe ex colonie come l'India e l'Egitto.

Ne seguono sporadiche ribellioni, tumulti e ogni genere di azioni ostili da parte di chi si sente "costretto".

Altra conseguenza non meno importante è una serie di leggi e provvedimenti, a livello nazionale e internazionale, finalizzati ad aiutare le persone "costrette" e favorirle nell'ostacolare tale costrizione con mezzi imposti giuridicamente, cioè privilegi, concessioni, immunità e via dicendo.

Così, una confusione di parole causa una confusione di sentimenti, ed entrambi interagiscono in modo da scompigliare ancor di più le cose.

Non sono ingenuo come Leibniz, il quale pensava che molte questioni economiche o politiche si potessero risolvere non con dispute (*clamoribus*), ma con una specie di calcolo con cui sarebbe possibile per tutti gli interessati pervenire a un accordo, almeno in linea di principio, sui temi in discussione. Ma sostengo che il chiarimento semantico sarebbe più utile di quanto si crede, se solo la gente fosse posta in condizione di beneficiarne.

III

Libertà e *rule of law*

Non è facile stabilire che cosa intendano i popoli di lingua inglese con l'espressione *rule of law*. Il significato di queste parole è mutato negli ultimi settanta o addirittura cinquant'anni, e l'espressione ha acquisito un suono piuttosto obsoleto sia in Inghilterra sia in America. Nondimeno, corrispondeva ad una idea che – come ha osservato Hayek nella sua prima conferenza su “la libertà e la regola” tenuta alla Banca nazionale d'Egitto nel 1955 – «aveva pienamente conquistato lo spirito, se non la pratica, di tutte le nazioni occidentali», così che «pochi dubitavano che fosse destinata a governare il mondo».¹

Non si può ancora scrivere la storia completa di questo mutamento perché il processo è ancora in corso. Inoltre, è una storia in un certo grado complessa, frammentaria, noiosa e soprattutto nascosta a chi legge solo giornali, settimanali e narrativa e non ha un gusto particolare per le questioni giuridiche o per certi tecnicismi come ad esempio la delega dell'autorità giudiziaria e dei poteri legislativi. Ma è una storia che interessa tutti i paesi occidentali che condividono non solo l'ideale giuridico denotato dall'espressione *rule of law*, ma anche l'ideale politico designato dalla parola “libertà”.

Non mi spingerò a dire, come Hayek fa nella citata conferenza, che «il destino della nostra libertà viene deciso in una discussione tecnica sul diritto amministrativo». Preferirei dire che il destino della nostra libertà si decide in molti altri luoghi – nei parlamenti, nelle strade, nelle case e, in

ultima analisi, nelle menti di lavoratori manuali e di persone istruite come gli scienziati e i professori universitari. Sono d'accordo con Hayek sul fatto che siamo dinanzi a una specie di rivoluzione silenziosa. Ma non direi con lui e col francese Ripert che questa è una rivoluzione – anzi, un colpo di Stato – promossa solo o principalmente da tecnici come gli avvocati, o i funzionari dei ministeri o dei dipartimenti di Stato. In altre parole, il mutamento continuo e strisciante nel significato di *rule of law* non è il risultato di una “rivoluzione amministrativa”, per usare l'appropriata espressione di Burnham. È un fenomeno molto più ampio connesso con eventi e situazioni il cui carattere e il cui significato non sono facilmente accertabili e a cui gli storici si riferiscono con espressioni come “la tendenza generale del nostro tempo”. Il processo per effetto del quale la parola “libertà” cominciò ad assumere, negli ultimi cento anni, significati diversi e incompatibili comprendeva, come abbiamo visto, una confusione semantica. Un'altra confusione semantica, meno evidente ma non meno importante, si rivela a chi esamina con attenzione la rivoluzione silenziosa nell'uso dell'espressione *rule of law*.

Gli studiosi europei continentali, nonostante la loro saggezza, la loro dottrina e la loro ammirazione per il sistema politico britannico dai tempi di Montesquieu e Voltaire, non sono stati capaci di capire il significato esatto della costituzione inglese. Montesquieu è probabilmente il più famoso fra coloro che sono esposti a questa critica, particolarmente per la sua celebrata interpretazione della divisione dei poteri in Inghilterra, nonostante questa interpretazione – che molti direbbero errata – abbia avuto, a sua volta, una enorme influenza sugli stessi paesi di lingua inglese. D'altra parte, eminenti studiosi inglesi subirono una critica analoga per le loro interpretazioni delle costituzioni continentali europee. Il più famoso fra loro è probabilmente Dicey, la cui incomprendimento del *droit*

administratif francese è stata considerata da un altro noto studioso inglese, Carleton Kemp Allen, “un errore fondamentale” e una delle ragioni principali per le quali la *rule of law* si è evoluta come si è evoluta nei paesi di lingua inglese. In realtà in Inghilterra i poteri del governo non furono mai separati, come riteneva Montesquieu, né il *droit administratif* francese, o, in questo ambito, il *diritto amministrativo* italiano o il *Verwaltungsrecht* tedesco sono identificabili con l'*administrative law* cui pensano Allen e la generalità degli studiosi inglesi contemporanei, parlando dei recenti mutamenti di funzione dei poteri giudiziario ed esecutivo in Gran Bretagna.

Dopo una lunga riflessione sul tema, sono propenso a concludere che ancor più fondamentali, rispetto alle interpretazioni errate di Montesquieu, da una parte, e di Dicey, dall'altra, sono state quelle degli studiosi e della gente comune che hanno cercato di adottare, sul continente europeo, la *rule of law* britannica e hanno immaginato che l'imitazione continentale dell'ordinamento britannico o americano – per esempio il *Rechtsstaat* tedesco, l'*État de droit* francese e lo *Stato di diritto* italiano – sia effettivamente qualcosa di molto simile alla *rule of law* inglese. Lo stesso Dicey, che aveva una visione lucida di alcune differenze molto importanti a questo riguardo e che molti pensatori giudicano influenzato da pregiudizi contro i Francesi e in generale contro le costituzioni continentali europee, riteneva in realtà che all'inizio di questo secolo non ci fosse una gran differenza fra la *rule of law* inglese e americana e le costituzioni continentali:

Se si limita la nostra osservazione all'Europa del ventesimo secolo, si potrebbe ben dire che nella maggior parte dei paesi europei la *rule of law* è ora radicata quasi quanto in Inghilterra e che in ogni caso i privati che non si occupano di politica hanno poco da temere, finché rispettano la legge, sia dal governo sia da qualsiasi altro.²

D'altra parte, alcuni studiosi continentali – per esempio i grandi *garantistes* francesi come Guizot e B. Constant e i teorici tedeschi del *Rechtsstaat* come Karl von Rotteck, K. Welcker, Robert von Mohl e Otto von Gierke – presumevano (mi sembra erroneamente) di descrivere e raccomandare ai loro concittadini un tipo di Stato molto simile a quello inglese. Ai nostri giorni Hayek ha cercato di mostrare che la dottrina tedesca del *Rechtsstaat*, prima della sua corruzione da parte degli storicisti e dei positivisti reazionari alla fine del diciannovesimo secolo, ha contribuito grandemente, in teoria se non in pratica, all'ideale della *rule of law*.

In effetti, questo ideale e quello del *Rechtsstaat* prima della sua corruzione avevano molto in comune. Quasi tutti i caratteri che Dicey descriveva così brillantemente per spiegare che cosa fosse la *rule of law* inglese sono rintracciabili anche nelle costituzioni continentali, da quella francese del 1789 a quelle contemporanee.

La *supremacy of the law* era la caratteristica principale menzionata nell'analisi di Dicey. Egli citava la vecchia giurisprudenza delle corti inglesi: «La ley est la plus haute inheritance, que le roi had; car par la ley il même et toutes ses sujets sont rulés, et si la ley ne fuit, nul roi et nul inheritance sera» (La legge è il bene più alto cui il re acceda per successione, perché sia lui sia i suoi sudditi sono governati da essa, e senza di essa non ci sarebbe né re né regno). Secondo Dicey, la supremazia della legge era a sua volta un principio, che corrispondeva ad altri tre concetti e perciò si connetteva a tre significati concomitanti e differenti dell'espressione *rule of law*: 1) l'assenza di potere arbitrario, da parte del governo, nel punire i cittadini o nel compiere azioni contro la vita e la proprietà; 2) la soggezione di ciascuno, di qualunque rango o condizione, alla legge ordinaria del regno e alla giurisdizione dei tribunali ordinari; 3) il predominio dello spirito legale nelle istituzioni inglesi,

per il quale, spiega Dicey, «i principî generali della costituzione inglese (come ad esempio il diritto alla libertà personale o il diritto alla assemblea pubblica) sono il risultato di decisioni giudiziarie...; mentre sotto molte costituzioni straniere la garanzia dei diritti risulta o sembra risultare dai principî generali (astratti) della costituzione».³

Gli Americani possono chiedersi se Dicey annoverasse o no l'ordinamento statunitense nella stessa classe dei sistemi continentali europei. Gli Americani derivano o sembrano derivare i loro diritti individuali dai principî fondamentali stabiliti dalla loro costituzione e dai primi dieci emendamenti. In realtà, Dicey considerava gli Stati Uniti un esempio tipico di paese che vive sotto la *rule of law*, perché aveva ereditato le tradizioni inglesi. Egli aveva ragione, come si può vedere se ricordiamo, da una parte, che una carta dei diritti non fu inizialmente considerata necessaria dai padri fondatori – che non la inclusero neppure nel testo della stessa costituzione – e, dall'altra, l'importanza che le decisioni dei tribunali ordinari avevano e hanno ancora nel sistema politico americano, quando si tratta di diritti individuali.

Hayek, fra i teorici più recenti della *rule of law*, ne prende in considerazione quattro caratteri che corrispondono fino a un certo punto, anche se non interamente, alla descrizione di Dicey. Secondo Hayek, «il vero cuore della questione, il punto decisivo da cui dipende la prevalenza o meno della *rule of law*»⁴ sono la *generalità*, l'*uguaglianza* e la *certezza* del diritto, assieme al fatto che la discrezionalità amministrativa nell'azione coercitiva, cioè nell'interferenza sulla persona e sulla proprietà dei privati cittadini, *deve sempre essere soggetta al controllo da parte di corti indipendenti*.

In apparenza, le teorie di Hayek e di Dicey coincidono nelle grandi linee. Hayek, è vero, sottolinea la differenza fra leggi e ordini in connessione con la “generalità” della legge e mette in rilievo che la legge non deve mai riguardare individui particolari o essere promulgata se, al momento della

promulgazione, si può prevedere quali individui particolari aiuterà o danneggerà. Ma questo si può semplicemente considerare uno sviluppo specifico dell'idea di Dicey che la *rule of law* comporta l'assenza di potere arbitrario da parte del governo. L'*uguaglianza*, a sua volta, è un'idea incarnata nella descrizione data da Dicey del secondo carattere della *rule of law*, cioè che ognuno, qualunque sia il suo rango o condizione, è soggetto alla legge ordinaria del regno.

In questa connessione dobbiamo sottolineare una differenza fra l'interpretazione dell'*uguaglianza* di Dicey e quella di Hayek, o almeno in qualche aspetto della loro applicazione. Hayek è d'accordo con Allen nel biasimare Dicey per un "errore di fondo" nella interpretazione del *droit administratif* francese. Dicey, per Allen e Hayek, sbagliava nel credere che il *droit administratif* francese e generalmente continentale, almeno nella sua fase matura fosse una sorta di diritto arbitrario perché non era amministrato dai tribunali ordinari. Secondo Dicey, solo le corti ordinarie, in Inghilterra come in Francia, potevano veramente proteggere il cittadino applicando la legge ordinaria del paese. Il fatto che a giurisdizioni speciali, come quella del *Conseil d'État* francese, fosse assegnato il potere di giudicare in cause fra cittadini privati e funzionari al servizio dello Stato, era per Dicey una prova che l'*uguaglianza* della legge verso tutti i cittadini non era veramente rispettata nel continente. I funzionari, quando comparivano nel loro ruolo pubblico nelle vertenze con i cittadini ordinari, erano «in un certo grado esentati dalla legge ordinaria del paese». Hayek accusa Dicey di aver contribuito grandemente ad ostacolare o ritardare la nascita di istituzioni in grado di controllare, con corti indipendenti, la nuova macchina burocratica inglese, per la falsa idea che tribunali amministrativi separati costituirebbero sempre una negazione della legge ordinaria del paese e perciò una negazione della *rule of law*. In realtà il *Conseil d'État* fornisce ai cittadini ordinari

in Francia, come nella maggior parte dell'Europa occidentale, una protezione abbastanza imparziale ed efficiente contro ciò che Shakespeare chiamava *the insolence of office*.

È giusto, tuttavia, considerare Dicey responsabile del fatto che un processo simile a quello della formazione e del funzionamento del *Conseil d'État* non ha ancora avuto luogo in Gran Bretagna? Forse ciò che ha ostacolato la formazione di una corte amministrativa d'appello in Inghilterra – che corrisponderebbe al *Conseil d'État* francese e al *Consiglio di Stato* italiano – è il fatto, notato da Allen, che in Inghilterra «alla semplice menzione di una nuova festività non poche braccia si leverebbero per l'orrore di una “importazione straniera”». ⁵ In realtà, l'ostilità per tipi di diritto e giurisdizione non britannici è una vecchia caratteristica del popolo inglese. Dopo tutto, gli attuali abitanti delle isole britanniche sono i discendenti di coloro che proclamarono orgogliosamente, molti secoli fa, «*nolumus leges Angliae mutari*». Il ruolo di Dicey nella resistenza all'importazione delle forme giuridiche continentali in Inghilterra è relativamente piccolo. Allen stesso, mentre suggerisce cautamente come adottare nuovi mezzi per proteggere i cittadini contro la burocrazia britannica, aggiunge subito che «nessuno in possesso delle sue facoltà propone di imitare in Inghilterra il *Conseil d'État*» e chi crede ancora che «l'*administrative law* – se mai si permetterà il termine – sia la stessa cosa del *droit administratif* vive nel passato remoto». ⁶

Incidentalmente, la cosa divertente di questa perorazione di Allen è che egli sembra sottintendere che l'*administrative law* sia qualcosa di molto migliore del *droit administratif* straniero, mentre all'inizio del suo volume aveva rimproverato il povero Dicey per il suo «compiaciuto paragone con il diritto amministrativo francese», cioè «quella giurisprudenza comunque straordinaria nel suo sviluppo moderno» e lo aveva accusato di «aver trasmesso al pubblico britannico l'impressione che l'effetto del diritto amministrativo

in Francia fosse stato quello di mettere i funzionari in una posizione privilegiata, piuttosto che, com'è in realtà, dare al soggetto una più ampia protezione contro l'azione illegale dello Stato». ⁷ Si potrebbe aggiungere che questa è una protezione che l'attuale diritto amministrativo inglese non offre a tutti i sudditi della Corona britannica, come è stato osservato di recente da un altro studioso inglese, E. F. Row,

mentre le corti amministrative francesi sono tribunali e amministrano un codice perfetto di leggi con una procedura perfettamente definita, simile a quella degli altri tribunali, il nuovo sistema inglese [cioè il conferimento all'esecutivo di funzioni giudiziarie qualificate dall'ex *Lord Chief Justice* d'Inghilterra come "arbitrio amministrativo" e "nuovo dispotismo"] non è nulla di questo genere, perché in esso queste dispute fra gli individui e il governo sono risolte dal governo, esso stesso parte in causa, in un modo puramente arbitrario, secondo principi non regolari né riconosciuti e senza una procedura giuridica chiaramente definita. ⁸

Dicey e Hayek differiscono solo lievemente nella loro interpretazione dell'uguaglianza come caratteristica della *rule of law*. Entrambi sostengono che i tribunali indipendenti sono essenziali per concedere ai cittadini uguaglianza davanti alla legge. Una differenza minore fra le due interpretazioni delle funzioni dei tribunali sembra essere questa: mentre Dicey non ammette l'esistenza di due diversi ordini giudiziari, uno per risolvere le dispute fra cittadini ordinari, e uno per risolvere le vertenze fra i funzionari di Stato e i cittadini ordinari, Hayek pensa che l'esistenza di due diversi ordini giudiziari non sia in se stessa discutibile, purché entrambi gli ordini siano veramente indipendenti dall'esecutivo.

Le cose non sono probabilmente così semplici come nelle conclusioni di Hayek. Naturalmente, tribunali amministrativi indipendenti sono migliori del mero conferimento di potere giudiziario all'esecutivo in materia amministrativa, come avviene oggi in Inghilterra e anche, fino a

un certo punto, negli Stati Uniti. Ma la stessa presenza di tribunali amministrativi costituisce un argomento a favore del fatto – che non piaceva a Dicey – che nel paese non esiste un diritto per tutti e perciò l'uguaglianza di tutti i cittadini davanti alla legge non è veramente rispettata come lo sarebbe se ci fosse un solo diritto e non un diritto amministrativo accanto al diritto comune.

Roscoe Pound mostrò, in un saggio citato da Hayek,⁹ che oggi si tende, interpretando il diritto pubblico, a subordinare gli interessi «degli individui a quelli dei funzionari pubblici», permettendo a questi ultimi «di identificare una parte in causa con l'interesse pubblico e darle così un gran valore, mentre si ignora l'altra parte». Questo vale più o meno per tutti i tipi di diritto amministrativo, che sia affidato a tribunali indipendenti o no. Un principio generale sottinteso a tutte le relazioni fra privati e funzionari governativi agenti nelle loro funzioni pubbliche è quello che i teorici continentali – come ad esempio il tedesco Jellinek, il francese Hauriou o l'italiano Romano – chiamerebbero *status subjectionis* dell'individuo nei confronti dell'amministrazione e, corrispondentemente, supremazia di questa sull'individuo. I funzionari statali, come rappresentanti della pubblica amministrazione, sono considerati persone con *eminentia jura* (diritti preminenti) sugli altri cittadini. Così, essi sono autorizzati ad imporre i loro ordini senza nessun controllo preliminare di legittimità da parte di un giudice, mentre un tale controllo sarebbe prescritto se un privato cittadino esigesse qualcosa da un altro privato. È vero che i teorici continentali ammettono anche che gli individui hanno un diritto alla libertà personale che limita gli *eminentia jura*, ovvero, come anche dicono, la supremazia dell'amministrazione; ma il principio della supremazia dell'amministrazione è qualcosa che caratterizza il diritto amministrativo di tutti i paesi dell'Europa continentale e, in un certo grado, di tutti i paesi del mondo.

Proprio questo principio viene tenuto presente dai tribunali amministrativi quando giudicano controversie fra i cittadini privati e i funzionari pubblici, mentre i giudici ordinari considererebbero esattamente allo stesso livello tutte le parti private in causa. Questo fatto, che in se stesso non ha nulla a che vedere col grado di indipendenza dei tribunali amministrativi dall'esecutivo o dai funzionari statali, è alla base dell'esistenza dei tribunali amministrativi come corti di giurisdizione separate. Ora, se ammettiamo, con Dicey, che il solo diritto da considerare nel giudizio di controversie fra cittadini – che siano o no funzionari statali – è quello che si accorda con la *rule of law* come concepita dallo stesso Dicey, è perfettamente coerente la sua conclusione secondo cui va evitato qualsiasi tipo di ordinamento di corti amministrative, indipendenti o no dal governo, e sono accettabili solo i tribunali ordinari.

Valida o meno la conclusione di Dicey nelle circostanze attuali, essa è comunque una conseguenza del principio dell'uguaglianza davanti alla legge, cioè di uno dei principi contenuti sia nella sua interpretazione del significato di *rule of law*, sia in quella di Hayek.

Dicey scriveva:

in Inghilterra l'idea di uguaglianza giuridica, o della soggezione di tutte le classi ad una sola legge, amministrata dai tribunali ordinari, è stata spinta alle conseguenze estreme. Con noi ogni funzionario, dal primo ministro fino a un commissario o a un esattore delle tasse, è responsabile quanto ogni altro cittadino per ogni azione fatta senza giustificazione legale. I resoconti sono pieni di casi in cui i funzionari sono stati portati in tribunale e resi passibili di pene o di risarcimento danni per atti compiuti nelle loro vesti pubbliche, ma eccedenti la loro autorità legittima. Un governatore coloniale, un segretario di Stato, un ufficiale e ogni funzionario subordinato, anche nell'esecuzione di ordini superiori, sono responsabili per ogni azione non autorizzata dalla legge, quanto lo è qualsiasi privato senza funzioni pubbliche.¹⁰

La situazione descritta da Dicey nel 1885 non è certo quella che prevale attualmente, perché un carattere tipico della nuova *administrative law* inglese è la sottrazione alla giurisdizione dei tribunali ordinari di molte vertenze in cui l'esecutivo è o può essere una parte in causa.

Non si può criticare Dicey per la sua condanna dei tribunali amministrativi in base a un principio da lui tanto chiaramente enunciato, e cioè la soggezione universale di tutte le classi a una sola legge: altrimenti si dovrebbe concludere che, mentre tutti gli uomini sono uguali davanti alla legge, alcuni “sono più uguali degli altri”.

In effetti, noi ora sappiamo fin dove può spingersi la interpretazione del principio di uguaglianza davanti alla legge negli ordinamenti politici ove il principio della legalità meramente formale – anzi, cerimoniale – di qualsiasi norma ha sostituito il principio del *Rechtsstaat* e, analogamente, la *rule of law* nel suo significato primitivo.

Possiamo raggruppare le persone in tutte le categorie che vogliamo, per applicare loro le stesse leggi. Entro ogni categoria, le persone saranno “uguali” davanti alla legge particolare che vale per loro, nonostante che altre, raggruppate in altre categorie, siano trattate in maniera diversa da altre leggi. Così, possiamo creare un “diritto amministrativo” di fronte al quale tutte le persone che rientrano in una certa categoria giuridicamente definita saranno trattate allo stesso modo dai tribunali amministrativi, e al suo fianco possiamo riconoscere una “legge ordinaria”, in forza della quale la gente, raggruppata sotto altre categorie, verrà trattata con non minore uguaglianza dalle corti ordinarie. Così, con un leggero mutamento nel significato del principio di uguaglianza, possiamo far finta di averla conservata. Invece dell’“uguaglianza davanti alla legge”, tutto ciò che si avrà sarà l’*uguaglianza davanti a ciascuno dei due ordinamenti giuridici stabiliti nello stesso paese* o, se vogliamo usare il linguaggio della formula di Dicey, avremo

due leggi del paese invece di una. Naturalmente possiamo, analogamente, avere tre o quattro o migliaia di diritti nel paese – uno per padroni di casa, uno per inquilini, uno per datori di lavoro, uno per lavoratori etc. Questo è esattamente quello che sta accadendo oggi in molti paesi occidentali, ove si rispetta ancora, a parole, il principio della *rule of law* e perciò “l’uguaglianza davanti alla legge”.

Possiamo anche immaginare che i medesimi tribunali abbiano l’autorità di applicare tutti questi diritti del paese ugualmente a tutti coloro che appartengono alle categorie interessate. Questa può essere chiamata ancora approssimativamente “uguaglianza davanti alla legge”. Ma è evidente che in tal caso non tutti riceveranno, nello stesso paese, un pari trattamento. Per esempio, in Italia l’articolo 3 della costituzione afferma che «tutti i cittadini sono uguali davanti alla legge». In realtà, ci sono leggi che costringono i proprietari di immobili a continuare a tenere affittuari a un affitto bassissimo, nonostante precedenti accordi contrari, mentre altre persone, che hanno concluso contratti sotto altre vesti non subiscono interferenze da parte di leggi speciali e possono – anzi, devono – attenersi all’accordo che hanno concluso. Nel mio paese ci sono anche leggi che costringono la gente ad alienare una parte della propria terra in cambio di un indennizzo fissato dal governo e che i proprietari ritengono in molti casi ridicolmente basso in paragone ai prezzi di mercato. Altri – i proprietari di edifici, di aziende o di titoli – sono ancora lasciati liberi di fare quello che vogliono con la loro proprietà. La Corte costituzionale italiana ha, in una decisione recente, ritenuta valida una legge che autorizza il governo a pagare un prezzo nominale ai latifondisti espropriati dalle leggi di riforma agraria, perché questo prezzo era stato fissato in considerazione dell’interesse comune del paese – e, naturalmente, è molto difficile accertare quale sia questo “interesse comune”. I teorici potrebbero probabilmente elaborare una

serie di principî esplicativi e parlare, per esempio, di uno *jus subjectionis* dei proprietari di immobili o di *jura eminentia* o *supremacy* da parte degli affittuari e dei funzionari governativi che fissano la cifra da pagare al proprietario espropriato. Ma le cose rimangono come sono: le persone non sono trattate ugualmente dalla legge considerata come un tutto nel senso inteso da Dicey nel suo famoso libro.

La possibilità di più diritti, validi allo stesso tempo e nel medesimo paese, ma che trattano in modo diverso classi diverse di cittadini – l'esempio più comune è la tassazione progressiva del reddito, che è divenuta una caratteristica generale della politica fiscale di tutti i paesi occidentali – è connessa a sua volta al principio della *generalità della legge*. In realtà non è facile stabilire che cosa rende una legge *generale* rispetto a un'altra. Ci sono molti *genera* per i quali si possono escogitare leggi “generalì” e molte *species* che è possibile considerare nel medesimo *genus*.

Dicey vedeva nello spirito di legalità un attributo peculiare delle istituzioni inglesi. L'ordinamento politico inglese nel suo complesso era fondato, secondo lui, su principî generali derivanti «da decisioni giudiziarie determinanti i diritti di privati in cause particolari portate dinanzi alle corti». Egli contrapponeva ciò con quanto accade nel continente – e, avrebbe potuto dire, anche negli Stati Uniti – dove «la sicurezza ai diritti individuali proviene o sembra provenire da principî generali della costituzione», emergenti a loro volta da un atto legislativo. Dicey si spiegava con la sua consueta lucidità:

Se fosse ammissibile applicare le formule della logica alle questioni giuridiche, la differenza, in questo ambito, fra la costituzione belga e quella inglese si potrebbe descrivere con l'affermazione che in Belgio i diritti individuali sono deduzioni tratte dai principî della costituzione, mentre in Inghilterra i cosiddetti principî costituzionali sono induzioni o generalizzazioni fondate su decisioni particolari pronunciate dalle corti sui diritti di individui determinati.¹¹

Dicey sosteneva inoltre che sebbene «questa fosse, naturalmente, una differenza formale» in se stessa senza importanza, l'evidenza storica aveva rivelato grandi differenze pratiche, per esempio per quanto riguarda la costituzione francese del 1791, che proclamava una serie di diritti, mentre «non ci fu mai un periodo negli annali dell'umanità in cui tutti e ciascuno di questi diritti furono tanto insicuri, si potrebbe quasi dire completamente inesistenti, come al culmine della Rivoluzione francese». La causa di queste differenze fra l'ordinamento inglese e quelli continentali era, secondo Dicey, la mancanza, da parte dei legislatori – e qui Dicey sembra far eco alla ben nota avversione dei giudici inglesi per il lavoro dei corpi legislativi –, di abilità nell'escogitare rimedi per assicurare l'esercizio dei diritti ai cittadini. Dicey non pensava che questa abilità fosse incompatibile con le costituzioni scritte in quanto tali, e affermava con ammirazione che «gli statisti americani hanno mostrato una abilità senza pari nel fornire mezzi di garanzia giuridica ai diritti dichiarati dalle costituzioni americane», così che «la *rule of law* è una caratteristica notevole tanto degli Stati Uniti quanto dell'Inghilterra».¹² Secondo Dicey, l'esercizio dei diritti individuali nella costituzione inglese era più *certo* dell'esercizio di diritti analoghi nelle costituzioni continentali; e questa «certezza» era dovuta in primo luogo alla grande abilità giuridica dei popoli di lingua inglese nell'escogitare rimedi a garanzia dei loro diritti.

La certezza è un carattere messo in evidenza anche da Hayek nella sua recente analisi dell'ideale della *rule of law*. Egli lo concepisce in un modo solo apparentemente differente da quello di Dicey, per quanto questa differenza possa essere molto importante da alcuni punti di vista.

Secondo Hayek,¹³ la certezza del diritto è forse il requisito più importante per tutte le attività economiche, e ha contribuito grandemente alla maggior prosperità del mondo occidentale rispetto all'Oriente, ove non si realizzò

tanto precocemente. Ma egli non analizza che cosa significhi propriamente “certezza”, quando il termine è riferito al diritto. Questo è un argomento da trattare dettagliatamente in una teoria della *rule of law*, sebbene né Dicey, né Hayek, né altri studiosi approfondiscano molto la questione. Significati diversi dell’espressione “certezza del diritto” possono essere alla base della maggior parte dei fraintendimenti che intercorrono fra gli studiosi inglesi e quelli continentali in materia di *rule of law* e di concetti in apparenza analoghi come quelli di costituzione scritta, *Rechtsstaat* e così via. Dicey non aveva una idea perfettamente chiara di che cosa significasse per lui “certezza” del diritto quando descriveva i caratteri principali della *rule of law*. In apparenza, ciò è dovuto all’assenza di regole scritte – e perciò, in un certo senso, *certe* – nella *common law* inglese tradizionale, ivi compreso il diritto costituzionale. Se la certezza fosse connessa solo con norme scritte, non sarebbero affatto certe né la *common law* né la sua parte che può essere detta diritto costituzionale. In effetti, molte delle accuse recenti di “incertezza” della giurisprudenza, provenienti da giuristi e scienziati politici di lingua inglese, soprattutto americani, appartenenti alla cosiddetta scuola realistica, si basano su un significato del termine “certezza” che implica l’esistenza di formule scritte una volta per tutte, le cui parole non possano venir cambiate ad arbitrio del lettore. Questa avversione per la legge non scritta è un effetto del crescente numero di leggi codificate negli ordinamenti giuridici e politici contemporanei e della crescente importanza attribuita alla legge codificata rispetto al diritto giurisprudenziale – cioè alla legge non scritta – in Inghilterra, in altri paesi del *Commonwealth* britannico e negli Stati Uniti d’America.

La certezza del diritto si connette con l’idea di formule definitivamente scritte, come quelle che i Tedeschi chiamerebbero *Rechtsätze*, anche nel senso attribuito da Hayek

al termine “certezza” nelle sue conferenze sulla *rule of law*. Egli afferma che perfino «la delega della legislazione a qualche genere di autorità non elettiva non è necessariamente contraria alla *rule of law*, nella misura in cui questa autorità è tenuta a codificare e pubblicare le norme prima della loro applicazione...». Egli aggiunge che «il problema del diffuso strumento della delega non è il fatto che il potere di legiferare sia delegato, bensì che alle autorità sia in effetti attribuito il potere di esercitare una coercizione senza regola, perché non si possono formulare norme generali per l'esercizio dei poteri in questione».¹⁴

C'è una specie di parallelismo fra ciò che, secondo Hayek, è irrilevante in relazione al diritto amministrativo o ai tribunali amministrativi e ciò che è veramente essenziale, per lui, nel concetto di “certezza”. Ciò che importa per lui è che il diritto amministrativo sia affidato a tribunali *indipendenti*, a prescindere dal fatto che esista un “diritto amministrativo” particolare e che le corti che lo amministrano siano o no tribunali speciali. Analogamente, Hayek crede che non possa sorgere nessun grave inconveniente dal fatto che le regole siano emesse da parlamenti o da qualche autorità delegata, soltanto purché queste regole siano generali, chiaramente esposte e pubblicate in anticipo.

I regolamenti generali stesi a tempo debito e resi noti a tutti i cittadini rendono loro possibile prevedere quali saranno le conseguenze del loro comportamento sul palcoscenico giuridico, o, per usare le parole di Hayek: «Come regola generale, le circostanze che sono oltre il campo visivo individuale non devono diventare un motivo di coercizione.»

Questa è sicuramente una interpretazione classica della certezza del diritto, e forse è la più famosa per le molte e celebri formulazioni elaborate fin dai tempi dell'antica civiltà greca, come possono dimostrare alcuni passi della *Politica* e della *Retorica* di Aristotele. Quando Aristotele

loda il governo delle leggi, senz'altro pensa a quelle regole, note in anticipo a tutti i cittadini, che erano scritte ai suoi giorni sui muri degli edifici pubblici o su speciali pezzi di legno o pietre, come le *kurbeis* in uso preso gli Ateniesi. L'idea di una legge scritta, chiara e conoscibile da ogni cittadino delle piccole e gloriose città abitate da popoli di origine greca, è uno dei doni più preziosi dei padri della civiltà occidentale alla posterità. Aristotele conosceva bene il danno che una regola arbitraria, contingente e imprevedibile – un decreto approvato dalla plebaglia nell'*agora* ateniese o l'ordine capriccioso di un tiranno siciliano – poteva causare alla popolazione del suo tempo. Perciò, egli considerava le leggi, cioè le norme generali formulate in termini precisi e conoscibili a tutti, come una istituzione indispensabile per cittadini che si volessero dire “liberi”, e Cicerone echeggiava questa concezione aristotelica nella sua famosa massima dell'*Oratio pro Cluentio*: «*Omnes legum servi sumus ut liberi esse possimus.*»

L'ideale della certezza è stato inculcato e sviluppato nel continente europeo attraverso una lunga serie di vicende. Il *Corpus Juris Civilis* di Giustiniano fu per molti secoli il libro in cui sembrava incarnato l'ideale della certezza del diritto, inteso come *diritto scritto*, nei paesi latini e in quelli germanici. Questo ideale non fu ripudiato, ma ancor più accentuato, durante il diciassettesimo e il diciottesimo secolo, nell'Europa continentale, quando i governi assolutisti, come ha mostrato l'ultimo brillante saggio sul ragionamento giuridico di Ehrlich (*Juristische Logik*), volevano assicurarsi che i loro giudici non alterassero il significato delle loro norme. Tutti sanno che cosa accadde sul continente europeo nel diciannovesimo secolo. Tutti i paesi europei adottarono codici e costituzioni scritte, accettando l'idea che formule articolate con precisione potevano proteggere la gente dagli abusi di tutti i tiranni possibili. Governi e tribunali accettarono questa interpretazione dell'idea di certezza

del diritto come precisione di formule scritte statuite dai corpi legislativi. Questa non fu la sola ragione per la quale l'Europa continentale adottò codici e costituzioni, ma fu senza dubbio uno dei motivi principali. In breve, l'idea continentale della certezza del diritto equivaleva all'idea di formule scritte espresse con precisione. Questa idea di certezza era concepita in ampio grado come *precisione*.

A prima vista non è chiaro se questa sia veramente la nozione di certezza del diritto propria del popolo inglese, e se essa sia veramente compresa nell'ideale di *rule of law*. Torneremo su questo problema in seguito.

La nozione greca e continentale di certezza del diritto corrisponde, in realtà, all'idea di libertà individuale formulata dagli autori greci che parlano di governo delle leggi. Non c'è dubbio che il governo delle leggi sia preferibile al governo basato su decreti di tiranni o della folla. Le leggi generali sono sempre più prevedibili di ordini particolari e improvvisi, e se la prevedibilità delle conseguenze è una delle premesse indispensabili delle decisioni umane, si deve concludere che più le regole generali rendono prevedibili, almeno dal punto di vista giuridico, le conseguenze delle azioni individuali, più queste azioni possono essere chiamate "libere" dall'interferenza di altre persone, comprese le autorità.

Da questo punto di vista, non possiamo fare a meno di ammettere che le regole generali, espresse con precisione – come lo possono essere quando si adottano leggi scritte – sono un progresso rispetto agli ordini improvvisi e ai decreti imprevedibili dei tiranni. Ma sfortunatamente tutto ciò non ci assicura che saremo veramente "liberi" dalla interferenza delle autorità. Possiamo accantonare per il momento le questioni derivanti dal fatto che le regole possono essere perfettamente "certe" nel senso descritto, cioè formulate con precisione, e nello stesso tempo così tiranniche che nessuno può dirsi "libero" seguendo le loro

prescrizioni. Ma c'è un'ulteriore difficoltà risultante dalla adozione di tali leggi generali scritte, anche qualora ci concedano una considerevole "libertà" nel comportamento individuale. Il processo normale di formazione del diritto in questi casi è la legislazione. Ma il processo legislativo non è qualcosa che avviene una volta per tutte. Ha luogo ogni giorno ed è continuamente in corso.

Ciò è vero in particolare nel nostro tempo. Nel mio paese, il processo legislativo comporta circa duemila leggi all'anno, e ciascuna di esse può contenere numerosi articoli. Talvolta ci sono decine o anche centinaia di articoli in una legge sola, e spesso una legge confligge con un'altra. Nel mio paese c'è una regola generale secondo cui quando due norme sono reciprocamente incompatibili per il loro contenuto contraddittorio, la più recente abroga la più vecchia. Ma, nel nostro sistema, nessuno può dire se una legge sarà vecchia di un anno, di un mese o di un giorno quando verrà abrogata da una nuova norma. Tutte queste norme sono espresse con precisione in formule scritte, che lettori e interpreti non possono cambiare ad arbitrio. Non-dimeno, tutte possono scomparire tanto in fretta e d'improvviso quanto sono apparse. Ne risulta che, se non si tiene conto delle ambiguità del testo, si è sempre "certi" per quanto riguarda il contenuto letterale di ogni norma in un dato momento, ma non si è *mai certi* che domani ci sarà ancora la stessa regola di oggi.

Questa è la "certezza del diritto" nel senso greco o continentale. Ora, non arrivo a dire che questa è "certezza" nel senso richiesto per prevedere che il risultato dell'azione lecita intrapresa oggi sarà libero da interferenze legali domani. Questo tipo di "certezza", tanto lodato da Aristotele e da Cicerone, non ha niente a che fare con la certezza di cui avremmo bisogno per essere veramente "liberi" nel senso inteso da questi antichi e gloriosi rappresentanti della nostra civiltà occidentale.

Comunque, questo non è il solo significato dell'espressione "certezza del diritto" come usata e compresa in Occidente. C'è un altro significato che si accorda di più con l'ideale di *rule of law*, com'era concepito dal popolo inglese e americano, almeno ai tempi in cui la *rule of law* era un ideale senza dubbio connesso con la libertà individuale compresa come libertà dall'interferenza di chiunque, incluse le autorità.

IV

Libertà e certezza del diritto

La concezione greca della certezza del diritto era quella di un diritto scritto. Per quanto in questa sede non ci occupiamo direttamente di problemi di ricerca storica, può essere interessante ricordare che i Greci, specialmente nei tempi più antichi, avevano anche una concezione del diritto consuetudinario e in generale non scritto: ne parla lo stesso Aristotele. Questo diritto non va confuso con il più recente concetto di legge come complesso di formule scritte nel senso tecnico assunto dalla parola *nomos* nel quinto e nel quarto secolo a.C. Ma gli antichi Greci, in un periodo più maturo della loro storia, hanno anche avuto modo di stancarsi della loro consueta idea di diritto come qualcosa di scritto e promulgato da corpi legislativi come l'assemblea popolare ateniese.

L'esempio dell'antica Grecia è particolarmente pertinente a questo proposito non solo perché i Greci furono gli iniziatori degli ordinamenti politici in seguito adottati dai paesi occidentali, ma anche perché la maggioranza dei Greci, e in particolare gli Ateniesi, amava sinceramente la libertà politica in un senso a noi perfettamente comprensibile e paragonabile al nostro. Per esempio, ciò che Tucidide fa dire a Pericle nella famosa orazione funebre per i soldati e marinai ateniesi che furono i primi a cadere nella guerra del Peloponneso potrebbe essere ripetuto quasi alla lettera da rappresentanti moderni dell'ideale politico di libertà come Jefferson, Tocqueville, Mill, Acton o Spencer. L'autenticità dei documenti che Tucidide usò per ricostruire

il discorso di Pericle è ancora una questione aperta. Ma anche se immaginiamo che Tucidide stesso abbia scritto il discorso invece di Pericle, l'autorità di Tucidide, per quanto riguarda i sentimenti degli Ateniesi e le condizioni dei suoi tempi, non sarebbe inferiore a quella di Pericle, che descrive così l'ordinamento politico e civile di Atene alla metà del quinto secolo a.C.:

La nostra costituzione non imita le leggi degli Stati vicini. Siamo un modello per gli altri piuttosto che imitatori. Il suo regime favorisce i molti invece che i pochi: per questo è detto democrazia. Per quanto riguarda le leggi, esse concedono uguale giustizia a tutti nelle loro vertenze private; per quanto riguarda la posizione sociale, la carriera pubblica è connessa ad una reputazione di capacità, e le considerazioni di classe non possono interferire col merito. Neppure la povertà è un ostacolo. Se un uomo è in grado di servire lo Stato, non è intralciato dall'oscurità delle sue condizioni. La libertà di cui godiamo nel nostro governo si estende anche alla vita quotidiana. Qui, invece di controllarci gelosamente a vicenda, non ci irritiamo col nostro vicino perché fa quel che gli piace, né indulgiamo a quegli sguardi oltraggiosi che non possono non essere offensivi, sebbene non siano una condanna penale. Ma tutta questa disinvoltura nelle nostre relazioni private non ci rende, come cittadini, senza legge. La paura è la nostra salvaguardia principale, in quanto ci insegna ad obbedire ai magistrati e alla legge – particolarmente per quanto riguarda la protezione dell'offeso –, sia che queste leggi siano scritte, sia che appartengano a quel codice che, sebbene non scritto, non può essere trasgredito senza uno scandalo riconosciuto.¹

L'idea greca di libertà, riflessa nel discorso di Pericle, è piuttosto simile alla nostra idea di libertà come massima indipendenza dalla costrizione esercitata da altri, comprese le autorità, sul nostro comportamento individuale. La vecchia opinione di alcuni studiosi come Fustel de Coulanges, secondo cui gli antichi Greci davano alla parola "libertà" un senso diverso da quello che le attribuiamo noi oggi, di recente è stata opportunamente corretta. C'è, ad esempio,

un libro intitolato *The Liberal Temper in Greek Politics* (1957), scritto da uno studioso canadese, Eric A. Havelock, allo scopo di mostrare gli splendidi contributi di molti pensatori greci meno famosi di Platone e Aristotele all'ideale di libertà politica come contrapposto alla schiavitù in tutti i sensi della parola. Una delle conclusioni di questo libro è che la libertà greca non era "libertà dal bisogno" ma *libertà dagli uomini*. Come osservava Democrito, «la povertà sotto un regime democratico è preferibile a ciò che una oligarchia chiama prosperità, come la libertà è preferibile alla schiavitù». La libertà e la democrazia precedono la prosperità nella scala dei valori. È da ritenere che questa fosse anche la scala dei valori degli Ateniesi: certamente, era quella di Pericle e di Tucidide. Leggiamo ancora, nella *Orazione funebre*, che gli Ateniesi morti in guerra devono essere modello per i concittadini, che «non si sottrarrebbero mai ai pericoli della guerra, giudicando la felicità frutto della libertà e la libertà frutto del valore».²

La legislazione era affare delle assemblee legislative popolari, e le norme generali espresse in forma scritta da quelle assemblee venivano contrapposte agli ordini arbitrari dei tiranni. Ma i Greci, e in particolare gli Ateniesi, dovettero rendersi conto pienamente, nella seconda metà del quinto secolo e nel quarto secolo a.C., dei gravi inconvenienti di un processo di legislazione in virtù del quale tutte le leggi erano *certe*, cioè espresse con precisione in una formula scritta, però *nessuno era certo che qualsiasi legge, valida oggi, potesse durare fino a domani* senza essere abrogata o modificata da una legge successiva. La riforma della costituzione ateniese, compiuta da Tisamene alla fine del quinto secolo, ci offre un esempio di rimedio contro questo inconveniente, che potrebbe essere proficuamente valutato dagli scienziati politici e dai politici contemporanei. Ad Atene venne infatti introdotta una procedura rigida e complessa per disciplinare le innovazioni legislative. Ogni proposta

di legge fatta da un cittadino – nella democrazia diretta ateniese ogni membro della assemblea legislativa generale aveva diritto a presentare una proposta di legge, mentre a Roma lo potevano fare solo i magistrati eletti – era studiata a fondo da una speciale commissione di magistrati (*nomotetai*) il cui compito era appunto quello di difendere la legislazione precedente contro la nuova proposta. Naturalmente, i proponenti erano liberi di argomentare davanti all'assemblea legislativa generale contro i *nomotetai* per sostenere i propri progetti di legge, in modo che l'intera discussione si basasse più su un confronto fra la vecchia e la nuova legge che su una perorazione a favore di quest'ultima.

Ma questa non era la fine della vicenda. Anche quando la legge era stata approvata dall'assemblea, il proponente ne era tenuto responsabile se un altro cittadino, agendo contro di lui come querelante, riusciva a provare che la nuova legislazione aveva dei gravi difetti o era in irrimediabile contraddizione con le leggi più vecchie ancora valide ad Atene. In tal caso, il proponente della legge poteva essere legittimamente processato, e poteva incorrere in pene molto gravi, fino alla pena di morte, sebbene, di regola, i proponenti sfortunati venissero condannati solo ad ammende. Questa non è una leggenda. Conosciamo tutto ciò dall'accusa di Demostene contro uno di questi proponenti sfortunati chiamato Timocrate. Questo sistema di multare i proponenti di una legislazione inappropriata non era in opposizione alla democrazia, se per democrazia intendiamo un regime in cui il popolo è sovrano e se ammettiamo che sovranità significa anche irresponsabilità, come viene spesso interpretata.

Dobbiamo dedurre che la democrazia ateniese alla fine del quinto secolo e durante il quarto secolo a.C. era evidentemente insoddisfatta della nozione che la certezza del diritto potesse essere equiparata semplicemente a una formula espressa chiaramente in un testo scritto.

Attraverso la riforma di Tisamene gli Ateniesi scoprirono finalmente che non sarebbero stati liberi dalla interferenza del potere politico solo obbedendo alle leggi in vigore; dovevano anche essere in grado di prevedere le conseguenze delle loro azioni in vista delle leggi future.

Questa è, in effetti, la limitazione principale dell'idea che la certezza del diritto si possa semplicemente identificare con l'enunciazione precisa di una regola scritta, generale o no.

Ma l'idea della certezza del diritto non ha solo questo senso, nella storia degli ordinamenti politici e giuridici dell'Occidente. È stata compresa anche in un senso completamente diverso.

La certezza del diritto, nel senso di formula scritta, si riferisce a uno stato di cose inevitabilmente condizionato dalla possibilità che la legge attuale possa essere sostituita ad ogni momento da una legge successiva. Più intenso e accelerato è il processo di legislazione, più incerta sarà la durata nel tempo delle leggi in vigore al momento. Inoltre, niente impedisce a una legge, certa nel senso che abbiamo detto, di venir imprevedibilmente cambiata da un'altra legge non meno "certa" della precedente.

Quindi, la certezza del diritto in questo senso potrebbe essere chiamata certezza del diritto *a breve termine*. Sembra davvero esserci un parallelo impressionante, ai nostri giorni, fra i provvedimenti a breve termine in politica economica e la certezza a breve termine delle leggi promulgate per garantire questi provvedimenti. In maniera più generale, oggi gli ordinamenti giuridici e politici di quasi tutti i paesi si potrebbero definire, in questa prospettiva, come ordinamenti a breve termine, in opposizione ai classici ordinamenti a lungo termine del passato. La famosa battuta dell'ultimo Keynes «a lungo termine saremo tutti morti» potrebbe essere adottata come motto della nostra epoca dagli storici del futuro. Forse ci stiamo abituando sempre più ad attenderci risultati immediati dal progresso enorme

e senza precedenti dei mezzi tecnici e degli strumenti scientifici sviluppati per svolgere una gran varietà di compiti e per realizzare un gran numero di effetti materiali. Indubbiamente, questo fatto ha creato, in tanti che ignorano o vogliono ignorare le differenze, l'aspettativa di risultati immediati anche in altri campi e rispetto ad altre questioni del tutto indipendenti dal progresso scientifico e tecnologico.

Mi ricordo una conversazione con un vecchio che coltivava alberi, nel mio paese. Io gli chiesi di vendermi un grande albero per il mio giardino. Egli rispose: «Tutti oggi vogliono grandi alberi. Li vogliono subito, senza curarsi del fatto che gli alberi crescono lentamente e ci vogliono tempo e fatica per farli crescere. Tutti oggi hanno fretta» concluse amaramente «e non so perché.»

Keynes avrebbe potuto spiegarglielo: la gente pensa che a lungo termine sarà morta. Lo stesso atteggiamento si nota anche in relazione col generale declino della fede religiosa, lamentato oggi da molti preti e pastori. Le fedi cristiane valorizzavano non la vita presente dell'uomo, ma una vita futura. Meno le persone credono in quel mondo futuro, più si aggrappano alla vita presente, e, ritenendo breve questa vita individuale, hanno fretta. Ciò ha causato una grande secolarizzazione della fede religiosa sia in Occidente sia in Oriente, e così anche una religione indifferente al mondo presente come il buddismo sta assumendo, per opera di alcuni suoi sostenitori, un significato mondano, "sociale", se non propriamente "socialista". Uno scrittore americano contemporaneo, Dagobert Runes, dice nel suo libro sulla contemplazione: «Le Chiese hanno perso il contatto col divino e si sono rivolte alla stampa e alla politica.»³

Questo può aiutare a spiegare perché oggi c'è così poca attenzione per una concezione della certezza del diritto a lungo termine, e anche per ogni altra concezione a lungo termine riferita al comportamento umano. Naturalmente, questo non significa che i sistemi a breve termine siano,

praticamente, più efficienti di quelli a lungo termine nella realizzazione dei fini che la gente si sforza di ottenere, per esempio quando escogitano una nuova miracolosa politica del pieno impiego o qualche provvedimento giuridico senza precedenti, o quando chiedono semplicemente ai coltivatori grandi alberi per il proprio giardino.

Il concetto di certezza a breve termine non è la sola nozione di certezza del diritto presentata dalla storia degli ordinamenti politici e giuridici occidentali allo studioso capace di riconoscere i principî su cui si fondano le istituzioni.

Non era così nell'antichità. Per quanto la Grecia possa essere definita, entro certi limiti, come un paese con leggi scritte, una simile definizione sarebbe dubbia per Roma antica. Probabilmente siamo così abituati a pensare all'ordinamento giuridico romano nei termini del *Corpus Juris* giustiniano, cioè nei termini di un codice di leggi scritte, che non ci rendiamo conto di come funzionasse veramente il diritto romano. Una gran parte delle norme giuridiche romane non era dovuta a un processo legislativo. Il diritto privato romano, lo *jus civile*, fu tenuto praticamente al di là della portata dei legislatori per la maggior parte della lunga storia della repubblica e dell'impero romano. Studiosi eminenti, come gli italiani Rotondi e V. Arangio Ruiz e il giurista inglese W.W. Buckland, osservano ripetutamente che «le nozioni fondamentali, lo schema generale del diritto romano, devono essere cercati nel diritto civile, un insieme di principî sviluppato e gradualmente affinato da una giurisprudenza plurisecolare, con una scarsa interferenza da parte del corpo legislativo». ⁴ Buckland nota anche, probabilmente in base agli studi di Rotondi, che «delle molte centinaia di *leges* (leggi scritte) che sono registrate, non più di una quarantina erano importanti per il diritto privato», così che, almeno nell'età classica del diritto romano, «la legge scritta occupa solo una posizione molto subordinata». ⁵

E evidente che questo non era il risultato di mancanza di

abilità nell'escogitare leggi da parte dei Romani. Essi avevano a disposizione molti tipi di codificazioni: le *leges*, i *plebiscita* e i *Senatus consulta*, approvate rispettivamente dal popolo o dal Senato; e avevano anche a disposizione parecchi tipi di *leges*, come le *leges imperfectae*, le *minusquamperfectae* e le *plusquamperfectae*. Ma, di regola, riservavano la legge formale a un campo in cui i corpi legislativi avevano una qualifica diretta all'intervento, e cioè al diritto pubblico, *quod ad rem Romanam spectat*, connesso al funzionamento delle assemblee politiche, del Senato, dei magistrati, cioè ai funzionari governativi. Il diritto codificato era per i Romani principalmente diritto costituzionale o amministrativo (e anche penale), in relazione solo indiretta con la vita e gli affari privati dei cittadini.

Ciò significava che, quando sorgevano divergenze fra i cittadini sui loro diritti o sulle obbligazioni derivanti da un contratto, ad esempio, potevano raramente basare le proprie pretese su una legge, su una regola scritta formulata con precisione, e perciò *certa* nel senso greco o a breve termine della parola. Fritz Schultz ha sottolineato che la *certezza* – a breve termine – era sconosciuta al diritto civile romano. Ciò non significa che i Romani non fossero in grado di fare progetti sulle conseguenze giuridiche future delle loro azioni. Tutti conoscono l'enorme sviluppo dell'economia romana, ed è quasi inutile riferirsi, qui, all'imponente lavoro di Rostovzeff su questo tema.

D'altra parte, è ben noto a tutti gli studiosi di diritto privato romano che, come dice Schultz, «l'individualismo del liberalismo ellenico fece sì che il diritto privato si sviluppasse sulla base della libertà e dell'individualismo».⁶ In effetti, i nostri codici continentali contemporanei furono scritti, per la maggior parte, secondo le norme di diritto romano registrate nel *Corpus Juris* giustiniano. Essi sono stati etichettati come "borghesi" da alcuni riformatori socialisti. Le cosiddette "riforme" sociali potrebbero essere

realizzate, nei paesi europei contemporanei, solo modificando o abrogando norme che molto spesso risalgono a quelle dell'antico diritto privato romano.

Quindi, il diritto romano, pur non essendo una serie di regole espresse con precisione paragonabili a quelle di un codice scritto, aveva una certezza tale da mettere i cittadini in grado di fare liberamente e con fiducia progetti per il futuro. Il giurista romano era una specie di scienziato: gli oggetti della sua ricerca erano le cause che i cittadini sottoponevano al suo studio, proprio come gli industriali oggi potrebbero sottoporre a un fisico o a un ingegnere un problema tecnico dei loro impianti o della loro produzione. Perciò, il diritto privato romano era qualcosa che doveva essere descritto o scoperto, non qualcosa che dovesse essere decretato – un mondo di cose che esistevano, e facevano parte della comune eredità dei cittadini romani. Nessuno promulgava queste leggi, e nessuno poteva cambiarle esercitando il suo arbitrio personale. Questo non significava immutabilità: ma certamente nessuno andava a letto la sera facendo i suoi progetti sulla base di una norma esistente, solo per alzarsi la mattina dopo e scoprire che la regola era stata rovesciata da una innovazione legislativa.

I Romani accettavano e applicavano un concetto di certezza del diritto il cui senso era che il diritto non doveva mai essere soggetto a cambiamenti improvvisi e imprevedibili. In più, il diritto non doveva mai essere subordinato alla volontà o al potere arbitrario di qualsiasi assemblea legislativa e di qualsiasi persona, compresi i senatori e gli altri magistrati importanti dello Stato. Questo è il concetto di certezza del diritto a lungo termine, o romano, se si preferisce.

Questo concetto era certamente essenziale per la libertà di cui i cittadini romani godevano abitualmente negli affari e nella vita privata. Fino a un certo punto, esso metteva le relazioni giuridiche fra cittadini su un piano molto simile a quello su cui il mercato libero poneva le loro

relazioni economiche. Il diritto, nel suo complesso, non era meno libero dalla costrizione del mercato stesso. Non posso, in effetti, concepire un mercato veramente libero se esso non è radicato a sua volta in un ordinamento giuridico libero dalle interferenze arbitrarie – cioè improvvise e imprevedibili – delle autorità o di qualsiasi altra persona.

Alcuni potrebbero obiettare che l'ordinamento giuridico romano si basava necessariamente sull'ordinamento costituzionale e che perciò la libertà romana negli affari e nella vita privata era in realtà fondata, indirettamente se non direttamente, sulla legge scritta. Questa, si potrebbe sostenere, era sottoposta, in ultima analisi, alla volontà arbitraria dei senatori, o di assemblee legislative come i *comitia* o i *concilia plebis*, per non parlare di cittadini eminenti che – come Silla o Mario o Cesare – di tanto in tanto prendevano il controllo di tutto e perciò avevano un effettivo potere di rovesciare la costituzione.

Tuttavia, i politici e gli statisti romani erano sempre molto cauti nell'usare il loro potere legislativo per interferire nella vita privata dei cittadini. Anche dittatori come Silla si comportavano con una certa cautela in questo campo, e probabilmente avrebbero considerato l'idea di sovvertire lo *jus civile* bizzarra quanto l'idea di rovesciare le leggi fisiche apparirebbe a dittatori moderni.

È vero che uomini come Silla fecero grandi sforzi per cambiare la costituzione romana sotto molti aspetti. Silla stesso cercò di vendicarsi sui popoli italici e su città come Arezzo e Volterra, che avevano aiutato il nemico, Mario, facendo promulgare alle assemblee legislative leggi che improvvisamente privavano gli abitanti di queste città dello *jus civitatis*, cioè della cittadinanza romana e dei privilegi ad essa connessi. Sappiamo tutto ciò da una delle orazioni di Cicerone per Cecina, pronunciata da Cicerone stesso davanti a un tribunale. Ma sappiamo anche che Cicerone vinse la causa sostenendo che la legge promulgata da Silla

non era legittima, perché nessuna assemblea legislativa poteva privare *ope legis* un cittadino romano della cittadinanza, e tanto più della libertà. La legge decretata da Silla era una legge formalmente approvata dal popolo, del tipo detto dai Romani *lex rogata*, cioè una legge la cui approvazione era stata richiesta e ottenuta da una assemblea popolare da parte di un magistrato eletto col dovuto processo legislativo. A questo proposito, Cicerone ci dice che i progetti che dovevano essere convertiti in leggi contenevano, da tempi antichissimi, una clausola il cui significato, per quanto non del tutto comprensibile in un'età più tarda, si riferiva evidentemente alla possibilità che il contenuto del progetto, se fosse diventato legge, non fosse legittimo: *si quid jus non esset rogarier, eius ea lege nihil rogatum*. Il magistrato diceva all'assemblea legislativa del popolo romano: «Se c'è in questa legge, la cui approvazione vi sto richiedendo, qualcosa di illegittimo, la vostra approvazione va considerata come non richiesta.»

Questo sembra provare che c'erano leggi che potevano essere illegittime, e che quelle che privavano i cittadini della cittadinanza o della libertà non erano considerate legittime dai tribunali romani.

Se quanto dice Cicerone è esatto, possiamo concludere che il diritto romano aveva elaborato un concetto di legittimità simile in modo impressionante a quello esposto da Dicey riguardo alla *rule of law* inglese.⁷

Secondo il principio inglese della *rule of law*, che è strettamente intrecciato con tutta la storia della *common law*, le norme non erano propriamente il risultato dell'esercizio della volontà arbitraria di uomini particolari. Esse sono oggetto di una indagine spassionata da parte delle corti di giustizia, proprio come le norme romane erano oggetto di una ricerca spassionata da parte dei giuristi romani cui le parti sottomettevano le loro cause. Oggi si considera antiquato dire che le corti di giustizia *descrivono* o *scoprono*

la soluzione corretta di una vertenza, nel modo illustrato da Allen nel suo libro giustamente famoso e stimolante, *Law in the Making*. La cosiddetta scuola realistica contemporanea, presumendo di rivelare tutti i tipi di difetti di questo processo di scoperta, è fin troppo compiaciuta di concludere che il lavoro dei giudici di *common law* non era e non è più obiettivo, ma solo meno evidente, di quello dei legislatori. In realtà occorrerebbe dire sull'argomento molto più di quanto è possibile fare qui. Ma non si può negare che l'atteggiamento dei giudici di *common law* nei confronti delle *rationes decidendi* delle loro cause – cioè dei motivi delle loro decisioni – è sempre stato, più che quello di un legislatore, quello di uno studioso che cerca di accertare le cose. Non nego che i giudici di *common law* possano avere talvolta nascosto deliberatamente il loro desiderio che qualcosa fosse regolato in un certo modo, ricorrendo alla falsa affermazione che quella certa legge esisteva già. Il più famoso di questi giudici inglesi, sir Edward Coke, non è esente da questo sospetto, e oserei dire che il più famoso dei giudici americani, il *Chief Justice* Marshall, può anche essere paragonato, a questo riguardo, al suo celebre predecessore dell'Inghilterra del diciassettesimo secolo.

Il mio argomento è semplice: in Inghilterra le corti di giustizia non potevano facilmente decretare norme arbitrarie, perché non furono mai in posizione di farlo in modo diretto, cioè nella solita maniera repentina, ampia e imperativa dei legislatori. In più, c'erano tante corti di giustizia in Inghilterra ed erano tanto gelose l'una dell'altra che anche il famoso principio del precedente vincolante non fu riconosciuto in modo chiaro fino a tempi abbastanza recenti. Inoltre, esse non potevano decidere nulla che non fosse stato loro sottoposto da privati. Infine, poca gente andava in tribunale per chiedere le regole da applicare nelle loro cause. Ne risultava che i giudici erano più nella posizione di spettatori che in quella di attori del processo di formazione

del diritto, e per giunta erano spettatori cui non era permesso vedere tutto quello che accadeva sul palcoscenico. I cittadini privati erano sul palcoscenico; la *common law* era soprattutto ciò che essi ritenevano legge. I cittadini comuni erano i veri attori in questo campo, come lo sono ancora nella formazione del linguaggio e, almeno in parte, nelle transazioni economiche dei paesi occidentali. I grammatici che analizzano le regole del linguaggio o gli statistici che registrano i prezzi o le quantità di merci scambiate sul mercato di un paese potrebbero essere descritti meglio come semplici spettatori di ciò che accade intorno a loro, piuttosto che come governanti dei loro concittadini per quanto riguarda il linguaggio o l'economia.

L'importanza crescente del processo legislativo nella nostra epoca ha di necessità oscurato, sia nell'Europa continentale sia nei paesi di lingua inglese, il fatto che il diritto è solo un complesso di regole connesso al comportamento della gente comune. Non c'è ragione di considerare queste regole di comportamento molto diverse da altre in cui la interferenza da parte del potere politico è stata esercitata, se mai, solo in via eccezionale. A ben guardare, oggi la lingua sembra essere la sola cosa che la gente comune è riuscita a tenere per sé e a proteggere dall'interferenza politica, almeno nei paesi occidentali. Nella Cina rossa, ad esempio, il governo sta facendo un violento sforzo per cambiare la scrittura tradizionale, e analoghe interferenze sono già stata praticate con successo in altri paesi orientali, come la Turchia. Così in molte nazioni la gente sembra aver dimenticato i giorni in cui le banconote, ad esempio, venivano emesse non soltanto da una banca governativa, ma anche da banche private. Inoltre, pochissimi sanno oggi che in altri tempi il battere moneta era un affare privato e che il governo si limitava a proteggere i cittadini dai contraffattori semplicemente certificando l'autenticità e il peso del metallo usato. Una simile tendenza della opinione pubblica

è rilevabile riguardo alle imprese a gestione governativa. Nell'Europa continentale, dove le ferrovie e i telegrafi sono stati monopolizzati per molto tempo dai governi, pochissimi, anche fra le persone colte, ora concepiscono che le ferrovie e le comunicazioni telegrafiche sono un affare privato come il cinema, o gli alberghi, etc. Ci siamo sempre più abituati a considerare la legislazione un ambito di competenza delle assemblee legislative più che del normale uomo della strada e, per giunta, qualcosa che si può compiere secondo le idee personali di certi individui purché siano nella posizione burocratica di farlo. Il fatto che il processo di legislazione è, o era, essenzialmente un affare privato che riguarda milioni di persone per decine di generazioni e si estende per secoli e secoli passa quasi inosservato anche nella *élite* colta.

È stato sostenuto che i Romani avevano poco gusto per le considerazioni storiche e sociologiche. Tuttavia, avevano una visione perfettamente chiara della circostanza appena menzionata. Per esempio, secondo Cicerone, Catone il Censore, il campione del costume romano contro quello di importazione straniera (greca) era solito dire che

la ragione per cui il nostro ordinamento politico era superiore a quello di tutti gli altri paesi è questa: gli ordinamenti politici di altri paesi sono stati creati coll'introduzione di leggi e istituzioni secondo l'opinione personale di individui particolari come Minosse a Creta e Licurgo a Sparta, mentre ad Atene, dove l'ordinamento politico era variato più volte, ci furono molte di queste persone, come Teseo, Dracone, Solone, Clistene e numerosi altri... Il nostro Stato, invece, non è frutto della creazione personale di un solo uomo, ma di moltissimi: non è stato fondato nell'arco di vita di un individuo, ma nel corso di una serie di secoli e di generazioni. Perciò egli diceva che non c'è mai stato al mondo un uomo così intelligente da prevedere tutto e anche se si riuscissero a concentrare tutti i cervelli nella testa di un solo uomo, sarebbe impossibile per costui provvedere a tutto nello stesso tempo senza avere l'esperienza che viene dalla pratica di un lungo periodo di storia.⁸

Per inciso, queste parole ci ricordano quelle molto più famose, ma non più incisive, con cui Burke giustificava la sua visione conservatrice dello Stato. Ma le parole di Burke avevano un tono leggermente mistico che non troviamo nella lucida considerazione del vecchio statista romano. Catone sta indicando il fatto, non sta persuadendo la gente, e i fatti che osserva devono senza dubbio avere grande importanza per tutti coloro che sanno qualcosa di storia.

Il processo di legislazione, sostiene Catone, non è opera di un individuo, o di una commissione di saggi, o di un tempo o una generazione particolari. Se pensate questo, avrete risultati peggiori di quelli che avreste tenendo conto di ciò che ho detto. Considerate il destino delle città greche e confrontatelo col nostro. Sarete convinti. Questa è la lezione – anzi, direi, il messaggio – di uno statista del quale in genere sappiamo solo quanto abbiamo imparato a scuola: che era un intrattabile scocciatore, il quale ripeteva sempre che i Cartaginesi dovevano essere uccisi e la loro città distrutta.

È interessante osservare che quando economisti contemporanei come Ludwig von Mises criticano la pianificazione economica centralistica perché è impossibile per le autorità calcolare i veri bisogni e le vere potenzialità dei cittadini, assumono una posizione che ci ricorda quella dell'antico statista romano. Il fatto che le autorità centrali di una economia totalitaria non conoscano i prezzi di mercato quando fanno i loro piani economici è solo un corollario del fatto che le autorità centrali non hanno mai una conoscenza sufficiente dell'infinità di elementi e di fattori che contribuiscono alle relazioni sociali fra gli individui in ogni momento e ad ogni livello. Le autorità non possono essere mai certe che ciò che fanno è veramente ciò che la gente vorrebbe che facessero, proprio come la gente non può mai essere certa che ciò che vuole fare non sarà oggetto di interferenza delle autorità, se queste dirigono l'intero processo di legislazione del paese.

Anche quegli economisti che hanno difeso nel modo più brillante il libero mercato dall'interferenza delle autorità hanno, di solito, tralasciato la considerazione parallela che nessun libero mercato è veramente compatibile con un processo di legislazione centralizzato da parte di autorità. Ciò conduce alcuni di questi economisti ad accettare l'idea della certezza del diritto, cioè di regole espresse con precisione come quelle del diritto scritto, che non è compatibile sia con l'idea di mercato libero, sia, in ultima analisi, con l'idea di libertà intesa come assenza di costrizione esercitata da altri, autorità comprese, sulla vita e gli affari privati di ogni individuo.

Ad alcuni sostenitori del libero mercato può sembrare irrilevante che le regole siano enunciate da giudici o da assemblee legislative, e si può anche sostenere il mercato libero e pensare che le norme stabilite da corpi legislativi siano preferibili alle *rationes decidendi* elaborate in modo piuttosto impreciso da una lunga serie di giudici. Ma se si cerca una conferma storica allo stretto rapporto fra il mercato libero e il libero processo di legislazione, basta considerare che il libero mercato fu al suo culmine nei paesi di lingua inglese quando la *common law* era praticamente il solo diritto del paese riguardo alla vita e agli affari privati. D'altra parte, fenomeni come le attuali interferenze governative nel mercato sono sempre connesse a un aumento della legiferazione e di ciò che in Inghilterra è stata chiamata "ufficializzazione" dei poteri giudiziari, come prova oltre ogni dubbio la storia contemporanea.

Se ammettiamo che la libertà individuale negli affari, cioè il libero mercato, è uno dei caratteri essenziali della libertà politica concepita come assenza di costrizione esercitata da altri, autorità comprese, dobbiamo anche concludere che la legislazione in questioni di vita privata è fondamentalmente incompatibile con la libertà individuale.

L'idea di certezza del diritto non può dipendere dalla idea

di legislazione se la “certezza del diritto” è compresa come una caratteristica essenziale della *rule of law* nel senso classico dell’espressione. Perciò, penso che Dicey fosse perfettamente coerente nell’assumere che la *rule of law* implica il fatto che le decisioni giudiziarie sono il fondamento stesso della costituzione inglese e nel contrapporre questa circostanza all’opposto processo del continente, dove le attività giuridiche e giudiziarie sembrano basate sui principî astratti di una costituzione di tipo legislativo.

La certezza, nel senso di certezza a lungo termine del diritto, era appunto ciò che Dicey aveva in mente, in modo più o meno chiaro, quando diceva, per esempio, che mentre ciascuna e tutte le garanzie sui diritti concessi dalle costituzioni continentali ai cittadini potevano essere sospese e eliminate da qualche potere superiore alla legge ordinaria del paese, in Inghilterra «essendo la costituzione basata sulla *rule of law*, la sua sospensione, se una cosa simile fosse concepibile, rappresenterebbe... una rivoluzione».⁹

Il fatto che questa stessa rivoluzione stia avvenendo non confuta, ma piuttosto conferma la teoria di Dicey. Sta accadendo una rivoluzione in Inghilterra in virtù di un graduale rovesciamento della legge del paese per mezzo della legiferazione e della conversione della *rule of law* in qualcosa che va somigliando sempre più all’*État de droit* continentale, cioè a una serie di norme che sono *certe* solo perché sono scritte, e *general*i non a causa di una convinzione comune dei cittadini, ma perché sono state decretate da un pugno di legislatori.

In altre parole, la legge impersonale del paese sta cadendo sempre più, in Inghilterra, sotto il controllo del sovrano, proprio come sostenuto da Hobbes, Bentham e Austin contro l’opinione dei giuristi inglesi della loro epoca.

Matthew Hale, un brillante discepolo di Edward Coke e suo successore come *Chief Justice*, scrisse, verso la fine del diciassettesimo secolo, una difesa del suo maestro contro

la critica fattagli da Hobbes nel suo poco noto *Dialogue on the Common Law*. Hobbes aveva sostenuto, nella sua tipica maniera scientifica, che il diritto non è il prodotto, come aveva detto bizzarramente Coke, della “ragione artificiale”, e che tutti possono stabilire norme generali di diritto semplicemente usando la ragione, comune a tutti gli uomini. «Sebbene sia vero che nessun uomo è nato dotato dell’uso della ragione, tuttavia tutti gli uomini» diceva Hobbes «possono svilupparlo bene quanto i giuristi, e quando abbiano applicato la propria ragione alle leggi, possono essere idonei e capaci di amministrare la giustizia quanto sir Edward Coke in persona.»¹⁰ Abbastanza sorprendentemente, Hobbes considerava questo argomento coerente con la sua affermazione che «nessuno può fare una legge se non chi ha il potere legislativo». La disputa fra Hobbes, da una parte, e Coke e Hale, dall’altra, è assai interessante in relazione alla importantissima questione metodologica che sorge dalla comparazione del lavoro dei giuristi con quello dei fisici o dei matematici. Entrando in discussione con Hobbes, Matthew Hale osservò che è inutile paragonare la scienza giuridica con altre discipline come le «scienze matematiche», perché «per ordinare la società civile e per misurare il diritto e il torto» non basta avere nozioni generali corrette, ma è anche necessario applicarle correttamente ai casi particolari, che è, per inciso, quello che cercano di fare i giudici. Hale sosteneva che

coloro che si compiacciono di saper redigere un sistema infallibile di diritto e politica [cioè, diremmo noi, costituzioni e legislazione scritte] ugualmente applicabile a tutti gli stati [cioè condizioni] con tanta evidenza e coerenza quanta quella con cui Euclide dimostra i suoi teoremi, si ingannano con nozioni che si rivelano inefficaci quando vengono applicate al particolare.¹¹

Una delle osservazioni più incisive fatta da Hale mostra la consapevolezza, tanto sua quanto di Coke, del requisito di certezza come certezza a lungo termine del diritto:

È una cosa folle e irragionevole trovare difetti in una istituzione perché si pensa che noi ne avremmo saputa fare una migliore, o attendersi una dimostrazione matematica per provare la ragionevolezza di una istituzione o la sua stessa evidenza... È della massima importanza nella professione della *common law* l'attenersi il più possibile alla *certezza* del diritto, e alla sua consonanza con se stessa, così che un'età e un tribunale possano dire le medesime cose e continuare il più possibile il medesimo filo del diritto in una regola uniforme; infatti altrimenti si perderebbe in mezza generazione ciò per cui tutti i paesi e tutte le età hanno lottato, e cioè la *certezza* del diritto [corsivo aggiunto] e l'elusione di quella arbitrarietà e quella stravaganza che si verificherebbero se le ragioni dei giudici e degli avvocati non si mantenessero sulla propria traccia. E non si darebbe una tale conservazione delle leggi entro i loro limiti e confini se gli uomini non fossero ben informati dallo studio e dalla lettura dei giudizi, delle risoluzioni, delle decisioni e delle interpretazioni delle epoche più antiche.¹²

Sarebbe difficile connettere in modo più chiaro e deciso il concetto di *certezza* a quello di uniformità delle norme attraverso le epoche e di continuità dell'opera modesta e limitata delle corti di giustizia invece che dei corpi legislativi.

Questo è esattamente quel che si intende per *certezza del diritto a lungo termine*, ed è incompatibile, in ultima analisi, con la *certezza a breve termine* implicata dall'identificazione del diritto con la legislazione.

La prima era anche la concezione romana della *certezza del diritto*. Studiosi famosi hanno notato la mancanza di individualità dei giuristi romani. Savigny li ha chiamati "personalità fungibili". Questa mancanza di individualità era un contraltare naturale della loro visione individualistica del diritto privato che studiavano. Il diritto privato era da loro concepito come eredità comune di tutti e di ciascun cittadino romano. Perciò nessuno si sentiva autorizzato a cambiarlo ad arbitrio. Quando avevano luogo cambiamenti, venivano riconosciuti dai giuristi come avvenuti nell'ambiente piuttosto che introdotti da loro stessi. Per la medesima ragione i giuristi romani e i giuristi inglesi, loro

eredi, non si curavano affatto dei principî astratti, ma si interessavano sempre di “casi particolari”, per usare la già citata espressione di Matthew Hale. In più, la mancanza di individualità dei giuristi romani era della medesima natura di quella accettata da Hale quando affermava:

Per me è ragionevole preferire un diritto con cui un regno è stato felicemente governato per quattro o cinque secoli, piuttosto che arrischiare la pace e la felicità di un regno per una qualche nuova teoria di mia invenzione.¹³

Nel medesimo spirito, i giuristi romani odiavano le teorie astratte e tutti i parafernali della filosofia del diritto coltivata dai pensatori greci. Come scrisse, nel secondo secolo d.C., Nerazio, un giurista romano che era anche statista: «*Rationes eorum quae constituntur inquiri non oportet, alioquin multa quae certa sunt subvertuntur*» (Dobbiamo evitare di indagare sul fondamento razionale delle nostre istituzioni, per evitare che vada persa la loro certezza e vengano sovvertite).¹⁴

Riassumendo sinteticamente: molti paesi occidentali, sia antichi sia moderni, hanno considerato l'ideale di libertà individuale – l'assenza di costrizione esercitata da altri, autorità comprese – essenziale per i loro ordinamenti politici e giuridici. La certezza del diritto è sempre stata una caratteristica importante di questo ideale. Ma la certezza del diritto è stata concepita in due modi diversi e in ultima analisi incompatibili: in primo luogo, come precisione di un testo scritto derivante da un legislatore; in secondo luogo, come possibilità per gli individui di fare piani a lungo termine in base a una serie di regole adottate spontaneamente in comune dalla gente e infine accertate dai giudici per secoli e generazioni. Queste due concezioni di “certezza” sono state raramente, se mai lo sono state, distinte dagli studiosi, e la gente comune dell'Europa continentale e dei paesi di lingua inglese ha conservato molte ambiguità nell'uso

del termine. Questo è probabilmente il motivo principale per il quale il paragone fra le costituzioni europee e quella inglese si rese più facile di quanto non fosse, e per il quale degli scienziati politici europei poterono immaginare di escogitare buone imitazioni delle istituzioni inglesi, senza considerare il significato che il particolare processo di produzione della legge, detto *common law*, ha sempre avuto per la costituzione inglese.

Senza questo processo di legislazione è forse impossibile concepire la *rule of law* nel senso classico inglese esposto da Dicey. D'altra parte, senza il processo legislativo di produzione del diritto, nessun ordinamento continentale sarebbe com'è oggi.

Nell'epoca presente, la confusione dei significati di "certezza" e di *rule of law* si è particolarmente accresciuta, a causa dell'emergere della tendenza, nei paesi di lingua inglese, ad accentuare la produzione del diritto legislativa a scapito di quella giurisprudenziale.

L'effetto evidente di questa confusione ha già cominciato a manifestarsi nei confronti dell'idea di libertà politica e di libertà d'impresa. Ancora una volta la confusione semantica sembra essere alla radice di molti guai. Non sostengo che tutte le nostre difficoltà sono dovute alla confusione semantica. Ma analizzare i significati diversi e contraddittori che sottintendiamo quando, nei paesi di lingua inglese e dell'Europa continentale, parliamo di "libertà" in connessione con la "certezza del diritto" e con la *rule of law* è un compito importantissimo degli scienziati politici e degli economisti.

Libertà e legislazione

Una conclusione molto importante dei capitoli precedenti è che la *rule of law*, nel senso classico dell'espressione, non può essere mantenuta senza assicurare effettivamente la certezza del diritto, concepita come possibilità di progettazione a lungo termine da parte degli individui, per quanto concerne la loro vita e gli affari privati. Inoltre, non possiamo fondare la *rule of law* sulla legislazione a meno di non ricorrere a provvedimenti drastici e alquanto singolari come quelli escogitati dagli Ateniesi ai tempi dei *nomotetai*.

Caratteristica del nostro tempo è la tendenza ad accrescere i poteri che i funzionari pubblici hanno acquisito e stanno ancora acquisendo sui loro concittadini, nonostante di solito si creda che tali poteri siano limitati dalla legislazione.¹ Un autore contemporaneo, E.N. Gladden, riassume la situazione come un dilemma che formula nel titolo del suo libro, *Bureaucracy or Civil Service*. I burocrati entrano in scena non appena i funzionari sembrano essere al di sopra della legge, a prescindere dalla natura di quest'ultima. Ci sono casi in cui i funzionari sostituiscono deliberatamente la loro volontà alla legge, nella convinzione di migliorarla e di realizzare, in modi da essa non previsti, i fini che ritengono la legge volesse perseguire. Peraltro, in questi casi non ci sono dubbi sulla buona volontà e sulla sincerità dei funzionari.

Mi sia concesso citare un esempio proprio del mio paese. Abbiamo norme sul traffico che prevedono penalità per trasgressioni commesse da chi guida dei veicoli. Le penalità

sono di solito pecuniarie, sebbene in alcuni casi eccezionali si possa venir processati e messi in prigione. Inoltre, in certi casi, i trasgressori possono essere privati della patente di guida – ad esempio se le infrazioni causano lesioni o gravi danni a terzi, o se si guida in stato di ubriachezza. Dal momento che il traffico è sempre in aumento, gli incidenti diventano più frequenti. Le autorità sono convinte che una maggior severità da parte dei funzionari sia il mezzo migliore, se non una panacea, per ridurre il numero degli incidenti stradali. Membri dell'esecutivo come il ministro dell'interno, i prefetti, gli agenti di polizia, etc., cercano di applicare questa teoria nell'affrontare le trasgressioni alle regole del traffico. Essi sembrano convinti che la legge, a questo proposito – cioè le regole concernenti le penalità che i giudici devono imporre ai trasgressori e le procedure da seguire – sia troppo mite per affrontare efficacemente le nuove esigenze del traffico. Alcuni funzionari del mio paese cercano quindi di “migliorare” la legge.

Un funzionario mi spiegò tutto questo quando cercai di intervenire, a difesa di un mio cliente, contro quella che consideravo una pratica illegittima da parte delle autorità. La polizia comunicò che un tale aveva sorpassato un veicolo in violazione delle regole del traffico. Il prefetto, immediatamente e senza preavviso, lo privò della patente, così che il malcapitato non poté più guidare il suo autocarro, cioè rimase senza lavoro finché le autorità non consentirono a restituirgli il documento. Secondo i nostri regolamenti scritti, fra i casi di ritiro della patente non è compreso il sorpasso non regolamentare che non causi incidenti. Quando portai il fatto all'attenzione del funzionario competente, questi convenne che forse, secondo una corretta interpretazione delle norme, il mio cliente non aveva commesso una infrazione punibile con quel grave provvedimento. Il funzionario mi spiegò anche educatamente che in parecchi altri casi – forse il 70% – i trasgressori venivano

privati del permesso di guida senza avere in realtà commesso una trasgressione che meritasse secondo la legge una simile punizione. «Ma vede» disse «se non facciamo così, la gente in questo paese (talvolta i funzionari sembrano considerare se stessi nativi di un altro paese) non sarebbe abbastanza prudente, perché non le importa nulla di multe di poche migliaia di lire come quelle imposte dalla legge. D'altra parte, se li si priva per un po' della patente, i trasgressori sentono molto questa perdita e saranno più prudenti in futuro.» Disse anche, con un atteggiamento filosofico, che pensava che l'ingiustizia fatta a un numero relativamente piccolo di persone potesse essere giustificata, a giudizio delle autorità, dal risultato generale che se ne otteneva, e cioè dal miglioramento del traffico nell'interesse pubblico.

A questo proposito, un esempio ancor più impressionante mi fu raccontato da un mio collega. Era andato a protestare contro l'ordine di carcerazione emesso nei confronti di un automobilista che aveva investito e ucciso qualcuno. Secondo la nostra legge, gli omicidi colposi possono essere puniti col carcere. D'altra parte, i procuratori della repubblica possono emettere ordini di carcerazione prima del processo solo in casi specifici stabiliti dalle norme della nostra procedura penale. Dovrebbe essere evidente che la carcerazione preventiva non è una punizione, ma una misura di sicurezza finalizzata a prevenire, per esempio, la possibilità che l'accusato di un delitto fugga prima del processo o che nel frattempo commetta altri delitti. Poiché evidentemente così non era in quel caso, il mio collega chiese al procuratore della repubblica perché avesse emanato un ordine di carcerazione. Egli rispose che, dato l'aumento degli incidenti stradali era legittimo e opportuno da parte sua cercare di impedire ai trasgressori di provocare altri danni mettendoli in prigione. Inoltre, i giudici ordinari non sono di solito molto severi contro gli imputati di omicidio colposo: un piccolo assaggio di prigione prima del

processo sarebbe stata in ogni caso un'esperienza salutare per i trasgressori. Il magistrato ammise candidamente che si comportava così per "migliorare" la legge, e che si sentiva perfettamente giustificato ad usare mezzi come la carcerazione, anche se non era propriamente prescritta dalla legge a questo scopo, per realizzare il fine desiderato di ridurre gli incidenti stradali.

Questo è un tipico esempio dell'atteggiamento dei funzionari che si sostituiscono alla legge estendendone la lettera, così da applicare norme di loro invenzione col pretesto che la legge sarebbe insufficiente a realizzare i propri fini in certe circostanze, se interpretata e applicata più scrupolosamente. Per inciso, questo è anche un caso di comportamento *illegale*, cioè di comportamento in violazione della legge, e non deve essere confuso col comportamento *arbitrario*, come quello permesso attualmente ai funzionari britannici in mancanza di un complesso definito di norme amministrative. Come buon esempio di comportamento arbitrario da parte dell'amministrazione britannica, si potrebbe citare il caso famoso e piuttosto complicato di Crichel Down, che sollevò tante e forti proteste qualche anno fa in Inghilterra. I funzionari statali che avevano legittimamente requisito durante la guerra una proprietà privata per usarla come poligono di tiro tentarono di disporne, a guerra finita, per scopi del tutto diversi, come la sperimentazione agricola *et similia*.

In casi di questo genere, l'esistenza di regolamentazioni certe, nel senso di norme scritte formulate con precisione, può essere molto utile, se non per impedire ai funzionari di violare la legge, almeno per far valere la loro responsabilità dinanzi ai tribunali ordinari o amministrativi come il *Conseil d'État* francese.

Per passare al punto più importante della mia argomentazione: la libertà individuale in tutti i paesi occidentali è stata gradualmente ridotta negli ultimi cent'anni non

soltanto – o non principalmente – a causa di abusi e usurpazioni da parte di funzionari che agiscono contro la legge, ma anche perché la legge – cioè la legge scritta – autorizza i funzionari a comportarsi in modi che la legge precedente avrebbe giudicato usurpazione di potere e abuso nei confronti della libertà individuale dei cittadini.²

Questo è chiaramente dimostrato, ad esempio, dalla storia del cosiddetto diritto amministrativo inglese, che può essere riassunta come una successione di deleghe di poteri legislativi e giudiziari a funzionari esecutivi. La sorte della libertà individuale in Occidente dipende principalmente da questo processo “amministrativo”. Ma non dobbiamo dimenticare che il processo stesso, senza considerare casi di netta usurpazione – che non sono probabilmente così importanti e numerosi come immaginiamo – è stato reso possibile dalla legislazione.

Sono d'accordo, in generale, con alcuni studiosi contemporanei, come Hayek, che sono sospettosi nei confronti dei funzionari esecutivi, ma penso che chi loda la libertà individuale dovrebbe essere ancor più sospettoso nei confronti dei legislatori, perché proprio con la legislazione sono stati aumentati, e vengono ancora accresciuti, i poteri, specifici e generici, dei funzionari. Nei tempi recenti, anche i giudici possono aver contribuito, almeno in forma negativa, a questo risultato. Uno studioso eminente come il già citato Allen afferma che le corti di giustizia inglesi sarebbero potute entrare in competizione con l'esecutivo, come avveniva in passato, per sostenere ed estendere la loro autorità in conseguenza di una alterata concezione del rapporto fra individuo e Stato. Tuttavia, secondo Allen, negli ultimi anni esse hanno fatto «esattamente il contrario», perché hanno sempre più «teso a tenere le mani fuori dal “puramente amministrativo” e ad astenersi dall'interferire nella condotta dell'esecutivo».

D'altra parte, un magistrato insigne come sir Alfred Denning, uno dei Lord della *Her Majesty's Court of Appeal*

inglese, nel suo libro del 1953, *The Changing Law*, ci dà una spiegazione convincente di molte azioni recenti compiute dalle corti britanniche allo scopo di conservare la *rule of law* mantenendo sotto il controllo della giustizia ordinaria i dipartimenti governativi – particolarmente dopo il Crown Proceedings Act del 1947 – o entità bizzarre come le industrie nazionalizzate, i tribunali dipartimentali (contro uno dei quali la *Court of the King's Bench* emise un ordine di remissione degli atti nella famosa vertenza Northumberland del 1951), i tribunali privati – come quelli istituiti dalle norme su organizzazioni come le Trade Unions – e così via. È difficile stabilire se ha ragione Allen ad accusare le corti ordinarie di indifferenza nei confronti dei nuovi poteri dell'esecutivo, o se l'ha Denning a mettere in evidenza la loro attività nel medesimo campo.

In Inghilterra e in altri paesi, una gran quantità di poteri è stata conferita ai funzionari statali per via legislativa. Per convincersene, sarebbe sufficiente esaminare gli ultimi anni della storia della delega di poteri in Inghilterra.

È ancora uno dei credo politici più radicati del nostro tempo che il popolo sia l'origine del processo legislativo, e che la sua volontà, o meglio quella della parte del popolo identificabile con l'elettorato, prevalga alla fine in tutte le questioni sulle quali il governo deve intervenire – come direbbe Dicey – dal momento che la legislazione è approvata dai parlamenti e i parlamenti sono eletti dal popolo.

Non so fino a che punto rimanga valida questa dottrina, se la sottoponiamo a critiche come quelle proposte, all'inizio del nostro secolo, dai miei connazionali Mosca e Pareto nelle loro famose teorie del significato delle minoranze dominanti – o, come avrebbe detto Pareto, delle *élites* – ancora spesso citate da sociologi e scienziati politici americani. A prescindere dalle conclusioni che si possono raggiungere su queste teorie, il “popolo” o l’“elettorato” non sono concetti facilmente riducibili o anche compatibili con quello

dell'individuo come cittadino particolare che agisce secondo la propria volontà ed è perciò "libero" dalla costrizione nel senso qui accolto. Libertà e democrazia sono stati ideali concomitanti nei paesi occidentali dal tempo dell'antica Atene. Ma diversi pensatori del passato, come Tocqueville e Acton, hanno mostrato che libertà individuale e democrazia possono diventare incompatibili qualora le maggioranze siano intolleranti o le minoranze ribelli, e, in generale, qualora ci siano, in una società politica, coloro che Lawrence Lowell avrebbe detto "intransigenti". Rousseau ne era consapevole quando osservò che tutti i sistemi maggioritari devono fondarsi sull'unanimità, almeno per quanto riguarda l'accettazione del principio di maggioranza, se vogliono riflettere la "volontà comune".

Se questa unanimità non è una mera finzione dei filosofi politici, ma ha un significato effettivo nella vita politica, dobbiamo ammettere che qualora una decisione della maggioranza non sia accettata liberamente ma solo subita da una minoranza, nel modo in cui si possono subire coercizioni per evitare il peggio da parte di rapinatori o ricattatori, la libertà individuale – nel senso di assenza di costrizione esercitata da altri – è incompatibile con la democrazia, intesa nel senso di potere egemonico del numero.

Se si considera che in una società democratica nessun processo legislativo ha luogo senza dipendere dal potere del numero, si deve concludere che probabilmente questo processo è in molti casi incompatibile con la libertà individuale.

Studi recenti nel campo della cosiddetta scienza della politica e della natura delle decisioni collettive hanno mirato a confermare questa tesi in modo piuttosto convincente.³

I recenti tentativi, compiuti da alcuni studiosi, di paragonare comportamenti differenti, come quello di un compratore o un venditore nel mercato e quello, ad esempio, di un elettore nelle elezioni politiche, con l'obiettivo di scoprire un fattore comune fra essi, mi sembrano piuttosto

sto stimolanti, non solo per le questioni metodologiche di economia e di scienza politica in essi contenute, ma anche perché la questione se ci sia una differenza fra la posizione economica e la posizione politica – o giuridica – degli individui entro la medesima società è stata uno dei principali temi del dibattito fra liberali e socialisti durante gli ultimi cento o centoventi anni.

Questo dibattito ci può interessare per più di un aspetto, perché stiamo cercando di comprovare un concetto di libertà come assenza di costrizione da parte di altre persone, comprese le autorità, il quale implica la libertà sia negli affari, sia in ogni altra sfera della vita privata. Le dottrine socialiste hanno sostenuto che in un ordinamento politico e giuridico che concede pari diritti a ciascuno, coloro che mancano di mezzi sufficienti non ne traggono nessun vantaggio. Le dottrine liberali, al contrario, hanno sostenuto che tutti i tentativi di “integrare” la “libertà” politica con la “libertà dal bisogno”, come suggerito o imposto dai socialisti, conducono a tali contraddizioni nel sistema, che non si può dare a tutti la “libertà”, come assenza del bisogno, senza sopprimere la libertà politica e giuridica, intesa come assenza di costrizione da parte di altri. Ma le dottrine liberali aggiungono che non si può realizzare veramente nessuna “libertà dal bisogno” per decreto o con la direzione del processo economico da parte delle autorità, paragonabile a quella che si realizza in base al libero mercato.

Ora, si può ritenere che socialisti e liberali siano accomunati dall'assunto che esista una differenza fra la libertà politica e giuridica individuale, intesa come assenza di costrizione, e la libertà “economica” o “naturale”, se si deve intendere la parola “libertà” anche come assenza di bisogno. Questa differenza è apprezzata, da punti di vista opposti, da liberali e socialisti; ma in ultima analisi essi riconoscono che “libertà” può avere significati diversi, se non anche incompatibili, per ciascun membro della medesima società.

Non c'è dubbio che l'introduzione della "libertà dal bisogno" in un ordinamento politico o giuridico comporta necessariamente una alterazione del concetto di "libertà", intesa come libertà dalla costrizione garantita da quel sistema. Questo accade, come notano i liberali, a causa di certi provvedimenti speciali, di leggi e di decreti di ispirazione socialista, incompatibili con la libertà negli affari. Ma ciò accade anche, e soprattutto, perché lo stesso tentativo di introdurre la "libertà dal bisogno" può essere fatto prima con la legislazione, e poi con la decisione in base alla regola di maggioranza, a prescindere dal fatto che i legislatori siano eletti, come avviene oggi in quasi tutti i sistemi politici, oppure siano diretta espressione del popolo, come avveniva nell'antica Roma e nelle città dell'antica Grecia, o oggi nei *Landsgemeinden* svizzeri. Questo è ammesso da tutti i socialisti, almeno nella misura in cui essi vogliano avere a che fare con società storicamente preesistenti e non limitarsi a promuovere società di volontari in alcune remote parti del mondo. Nessun sistema di libero scambio può effettivamente funzionare se non è radicato in un ordinamento politico e giuridico che aiuti i cittadini ad annullare l'interferenza nei loro affari da parte di altre persone, comprese le autorità. Ma una caratteristica dei sistemi di libero scambio sembra essere anche che essi sono compatibili, e probabilmente compatibili soltanto con gli ordinamenti politici e giuridici che ricorrono poco o nulla alla legislazione, almeno per quanto riguarda gli affari e la vita privata. D'altra parte, i sistemi socialisti non possono continuare a esistere senza il sostegno della legislazione. Nessuna prova storica, per quanto ne so, sostiene l'assunto che la socialista libertà dal bisogno per tutti gli individui sia compatibile con istituti come il sistema della *common law* o quello romano, ove il processo di legislazione è svolto direttamente da tutti e ciascun cittadino, con l'ausilio soltanto occasionale di giudici ed

esperti come i giuristi romani, e senza ricorrere, di regola, alla legislazione.

Solo i cosiddetti “utopisti”, che tentarono di promuovere speciali colonie di volontari al fine di realizzare società socialiste, immaginarono che ciò fosse possibile senza la legislazione. Ma anch’essi riuscirono a farne effettivamente a meno solo per brevi periodi, fino a quando le loro associazioni volontarie non si trasformarono in miscugli caotici di volontari, ex volontari e nuovi venuti senza particolare fede in una qualche forma di socialismo.

Il socialismo e la legislazione sembrano inevitabilmente connessi, se le società socialiste vogliono continuare ad esistere. Questa è probabilmente la ragione principale del peso crescente che, negli ordinamenti di *common law* come quello inglese e americano, viene attribuito non solo a leggi e decreti, ma all’idea stessa che un ordinamento giuridico è, dopo tutto, un sistema legislativo e che la “certezza” è la certezza a breve termine della legge scritta.

Socialismo e legislazione sono inevitabilmente connessi perché, mentre un mercato libero implica un’adeguazione spontanea della domanda e dell’offerta in base alla scala di preferenza degli individui, questa adeguazione non può aver luogo se la domanda non può essere soddisfatta dall’offerta sulla stessa base, cioè se le scale di preferenza di coloro che entrano nel mercato non sono veramente complementari. Ciò può accadere, ad esempio, in tutti i casi in cui i compratori pensano che i prezzi chiesti dai venditori siano troppo alti, o i venditori pensano che i prezzi offerti dai compratori siano troppo bassi. I venditori che non sono in posizione di soddisfare i compratori, o i compratori che non sono in posizione di soddisfare i venditori non possono formare un mercato, a meno che i venditori o i compratori non abbiano a disposizione dei mezzi per costringere le controparti a esaudire le loro esigenze.

Secondo i socialisti, i poveri sono “privati” dai ricchi di

ciò di cui hanno bisogno. Questo modo di parlare è semplicemente un abuso linguistico, se non si è provato che ricchi e poveri ebbero o hanno un comune diritto di proprietà di tutte le cose. È vero che la storia sostiene il punto di vista socialista in casi come le invasioni e le conquiste, e in generale nei casi come la rapina, la pirateria, il ricatto e così via. Ma questo non avviene mai in un mercato libero, cioè in un sistema che mette i venditori e i compratori in grado di annullare la costrizione esercitata da altri. Abbiamo visto anche, a tal proposito, che pochissimi economisti prendono in considerazione tali attività produttive “inique”, perché le considerano del tutto fuori dal mercato e perciò non degne di attenzione economica. Se nessuno può essere costretto a pagare beni e servizi più di quanto li pagherebbe senza costrizione, le attività produttive “inique” non possono aver luogo: in questi casi nessuna fornitura corrispondente di beni e servizi soddisferà la domanda e non si avrà adeguazione fra compratori e venditori.

La legislazione può realizzare ciò che non riuscirebbe a un adattamento spontaneo. La domanda può essere obbligata a venire incontro all’offerta, o viceversa, in base a certe regole decretate da corpi legislativi, che decidono, come accade oggi, in forza di un espediente procedurale come la regola di maggioranza.

L’aspetto della legislazione afferrato subito dai teorici non meno che dalla gente comune è il fatto che le norme sono imposte a tutti, anche a coloro che non hanno mai partecipato alla loro formazione e che possono non averne mai avuto notizia. Questo aspetto distingue una legge da una decisione pronunciata da un giudice in un caso sottopostogli dalle parti. La decisione può essere imposta, ma non automaticamente, cioè senza la collaborazione delle parti interessate o almeno di una di esse. In ogni caso, non si può imporre direttamente ad altri che non erano parti o che non erano rappresentati dalle parti in causa.

Perciò, i teorici collegano di solito la legislazione con la coercizione, mentre questo nesso non viene posto direttamente in evidenza, e in ogni caso è presente in grado minore, nelle decisioni dei tribunali. Pochissimi, al contrario, hanno sottolineato il fatto che la coercizione è connessa con la legislazione non solo come risultato del processo legislativo, ma anche entro il processo in se stesso. Coloro che vi partecipano sono essi stessi soggetti alla imposizione di regole procedurali, e proprio questo fatto dà un carattere coercitivo all'intera attività della legislazione, in quanto svolta da un gruppo di persone secondo una procedura stabilita in precedenza. Lo stesso vale per le attività dell'elettorato, il cui compito può essere definito come il raggiungimento di una decisione collettiva sulle persone da eleggere secondo norme procedurali precedentemente stabilite per tutti i partecipanti alla formazione della decisione.

L'esistenza di una procedura coercitiva nel processo decisionale, qualora le persone debbano decidere non come singoli, ma come membri di un gruppo, è precisamente ciò che rende possibile distinguere fra il processo deliberativo da parte di individui e quello da parte di gruppi.

Questa differenza è stata ignorata da quei teorici che, come l'economista inglese Duncan Black, hanno cercato di elaborare una teoria della decisione di gruppo comprendente sia le decisioni economiche degli individui nel mercato, sia le decisioni di gruppo in campo politico. Secondo Black non c'è differenza sostanziale fra i due tipi di decisione. I venditori e i compratori sul mercato possono essere paragonati, nel complesso, ai membri di un comitato le cui decisioni sono l'esito di interazioni fra le loro scale di preferenza secondo la legge della domanda e dell'offerta. D'altra parte, gli individui sulla scena politica – almeno in quei paesi ove le decisioni politiche sono prese da gruppi – possono essere considerati come membri di comitati, a prescindere dalla funzione particolare di ogni comitato.

L'elettorato può essere considerato uno di questi "comitati", non meno di una assemblea legislativa o di un consiglio dei ministri. In tutti questi casi, secondo Black, le scale di preferenza di ogni membro del comitato sono confrontate con quelle di ciascun altro. La sola differenza – ma di secondaria importanza, secondo Black – è che mentre nel mercato le scale di preferenza si confrontano reciprocamente secondo la legge della domanda e dell'offerta, nelle preferenze politiche la selezione di alcune piuttosto che di altre ha luogo secondo una procedura ben definita. Black sostiene che, se sappiamo anche quali preferenze politiche si confrontano reciprocamente, siamo in grado di calcolare in anticipo quali emergeranno nella decisione collettiva, proprio come siamo in grado di calcolare, se conosciamo le preferenze in gioco nel mercato, quali preferenze emergeranno secondo la legge della domanda e dell'offerta.

Per Black, si potrebbe parlare di una tendenza all'equilibrio nelle scale di preferenza sulla scena politica allo stesso modo in cui si parla di un equilibrio cui tendono le scale di preferenza nel mercato.

In breve, dobbiamo considerare, secondo Black, sia l'economia sia la scienza politica come rami diversi della stessa scienza, perché hanno il compito comune di calcolare quali preferenze emergeranno nel mercato o sulla scena politica, dato un complesso di scale di preferenza note e una legge definita che governa il loro confronto.

Non nego che ci sia qualcosa di fondato in questa conclusione. Ma voglio sottolineare che ponendo le decisioni politiche e quelle economiche allo stesso livello e considerandole paragonabili, ignoriamo deliberatamente la differenza fra la legge della domanda e dell'offerta nel mercato e qualsiasi legge procedurale che governa il confronto fra preferenze politiche – e la conseguente emersione delle preferenze accettate dal gruppo – come, ad esempio, la regola di maggioranza.

La legge della domanda e dell'offerta è solo una descrizione del modo in cui ha luogo un adattamento spontaneo fra diverse scale di preferenza, date certe circostanze. Una legge procedurale è del tutto differente, nonostante anche essa sia detta "legge", nelle lingue europee, proprio come il greco, almeno dal quinto secolo a.C., usava la parola *nomos* per indicare sia una legge naturale sia una legge scritta fatta dall'uomo. Naturalmente, potremmo dire che la legge della domanda e dell'offerta è anche una legge "procedurale" ma ancora una volta confonderemmo, nella stessa parola, due significati molto diversi.

La differenza principale fra le decisioni individuali nel mercato e i contributi individuali alle decisioni collettive sulla scena politica è che nel mercato, almeno in virtù della differenza fra beni e servizi in esso disponibili, l'individuo non solo può prevedere esattamente l'esito della sua decisione – per esempio quanti e che tipo di polli comprerà con una certa somma di denaro –, ma può anche mettere in una relazione definita ogni soldo che spende con le corrispondenti cose che può acquistare. Le decisioni collettive, al contrario, sono del tipo "tutto-o-niente": se si è dalla parte perdente, si perde il proprio voto. Non c'è alternativa, come non ce ne sarebbe se si andasse al mercato e non si trovassero, neppure parzialmente, beni e servizi acquisibili con il denaro a propria disposizione.

Come ha osservato acutamente a questo proposito un illustre economista americano, James Buchanan, «le alternative della scelta di mercato di solito confliggono solo nel senso che opera la legge dei rendimenti decrescenti. Se un individuo desidera una quantità maggiore di un bene o di un servizio particolare, il mercato normalmente gli richiede solo di prender meno di un altro bene o servizio».⁴ In opposizione, «le alternative della scelta di voto sono più esclusive, cioè la selezione di una preclude quella dell'altra». Le scelte collettive, per quanto riguarda gli individui del

gruppo, tendono ad essere «reciprocamente esclusive per la natura stessa dell'alternativa». Ciò deriva non solo dalla povertà degli schemi di solito adottati e adottabili per la distribuzione della forza votante, ma anche dal fatto – come osserva Buchanan – che molte alternative che di solito chiamiamo “politiche” non permettono quelle “combinazioni” o “soluzioni composite” che rendono le scelte di mercato tanto flessibili a paragone delle scelte politiche. Una conseguenza importante, già illustrata da Mises, è che nel mercato il voto del dollaro non è mai messo in minoranza. «L'individuo non è mai posto nella posizione di membro di una minoranza dissidente»,⁵ almeno per quanto riguarda l'esistenza di alternative potenziali del mercato. In altri termini, nel voto c'è una potenzialità di *coercizione* che non c'è nel mercato. Il votante sceglie solo fra alternative potenziali, può perdere il voto ed essere costretto ad accettare un risultato contrario alla preferenza da lui espressa, ove una simile coercizione non c'è mai nella scelta di mercato, almeno se assumiamo la divisibilità della produzione. La scena politica che abbiamo concepito, almeno provvisoriamente, come luogo dei processi di voto, è paragonabile a un mercato in cui l'individuo deve spendere tutto il suo reddito in un bene, o deve impiegare tutto il suo lavoro e le sue risorse nella produzione di un bene o di un servizio.

In altre parole, il votante è limitato da una procedura *coercitiva* nell'uso delle sue capacità di azione. Naturalmente, possiamo approvare o disapprovare questa coercizione, e possiamo occasionalmente discriminare fra ipotesi diverse per approvarla o disapprovarla. Ma il punto è che il voto implica una forma di coercizione e che la decisione politica si raggiunge con una procedura che implica la coercizione. Il votante che perde fa inizialmente una scelta, ma alla fine deve accettarne una da lui precedentemente rifiutata: il suo processo decisionale è stato rovesciato.

Questa è certamente la differenza principale, anche se

non l'unica, fra le decisioni individuali nel mercato e le decisioni collettive che hanno luogo sulla scena politica.

L'individuo nel mercato può predire, con assoluta certezza, il risultato diretto e immediato della sua scelta. «L'atto di scegliere» dice Buchanan «e le conseguenze dello scegliere stanno in corrispondenza biunivoca. D'altra parte, il votante, anche se onnisciente nella previsione delle conseguenze di ogni possibile decisione collettiva, non può mai predire con certezza quale delle alternative verrà adottata.»⁶ Questa incertezza, di tipo knightiano – cioè l'impossibilità di attribuire un numero alla probabilità di un evento – deve influenzare in qualche grado il comportamento del votante, e non esiste una teoria accettabile del comportamento di un decisore in condizioni di incertezza.

Inoltre, le condizioni in cui hanno luogo le decisioni collettive sembrano rendere difficile usare la nozione d'equilibrio alla stessa maniera in cui è impiegata in economia. In economia l'equilibrio è definito come uguaglianza della domanda e dell'offerta, una uguaglianza intellegibile quando l'individuo che sceglie può articolare le sue scelte in modo da permettere a ogni dollaro di votare con successo. Ma che razza di uguaglianza può esistere, ad esempio, tra l'offerta e la domanda di leggi per mezzo delle decisioni collettive, quando l'individuo può chiedere pane ed ottenere una pietra? Naturalmente, se i membri del gruppo sono liberi di schierarsi con maggioranze mutevoli e prendere parte alla revisione di decisioni precedenti, questa possibilità può essere concepita come una sorta di rimedio alla mancanza di equilibrio nelle decisioni collettive, perché dà ad ogni individuo del gruppo la possibilità, almeno in linea di principio, di far coincidere una volta o l'altra la decisione del gruppo con la propria scelta personale. Ma questo non è equilibrio. La libertà di far parte di maggioranze mutevoli è un carattere tipico della democrazia come è tradizionalmente intesa nei paesi occidentali, e

questo è, per inciso, il motivo per il quale molti autori ritengono di poter descrivere la “democrazia politica” come simile alla “democrazia economica” (il sistema di mercato). In effetti, la democrazia sembra essere, come abbiamo visto, solo un surrogato della democrazia economica, per quanto, in molti casi, sia probabilmente il surrogato migliore.

Perciò, giungiamo alla conclusione che la legislazione, essendo sempre, almeno negli ordinamenti contemporanei, un prodotto di decisioni collettive, deve inevitabilmente comportare un certo grado di coercizione non solo su coloro che devono obbedire alle norme legislative, ma anche su coloro che partecipano direttamente al processo di creazione delle norme stesse. Questo inconveniente non può essere evitato da nessun sistema politico in cui hanno luogo decisioni collettive, compresa la democrazia, malgrado essa, almeno come è ancora concepita in Occidente, dia a ogni membro del corpo legislativo la possibilità di far parte, prima o poi, di una maggioranza vincente e di evitare così di essere coercito, facendo sì che le regole coincidano con la propria scelta personale.

Tuttavia la coercizione non è la sola caratteristica della legislazione in confronto ad altri processi di formazione del diritto, come quello del diritto romano o della *common law*. Abbiamo visto che l'incertezza mostra di essere un'altra caratteristica della legislazione, non solo per coloro che devono obbedire alle norme legislative, ma anche per i membri dello stesso corpo legislativo, dal momento che essi votano senza conoscere l'esito del loro voto finché non è stata formata la decisione collettiva.

Ora, il fatto che, nel processo di legislazione, la coercizione e l'incertezza non possono essere evitate neppure dai membri dei corpi legislativi conduce alla conclusione che neppure gli ordinamenti politici basati sulla democrazia diretta permettono agli individui di sfuggire all'incertezza e alla coercizione nel senso sopra descritto.

Nessuna democrazia diretta potrebbe risolvere il problema di evitare la coercizione e l'incertezza, dal momento che tale problema non è connesso alla partecipazione, diretta o indiretta, alla formazione della legge.

Ciò ci ammonisce anche della relativa futilità di tutti i tentativi di garantire più libertà e più certezza per gli individui, facendoli partecipare il più frequentemente e il più direttamente possibile al processo di formazione del diritto tramite la legislazione col suffragio universale, la rappresentanza proporzionale, il *referendum*, l'iniziativa popolare, la revoca dei rappresentanti, o altri meccanismi che rivelano la cosiddetta opinione pubblica su quanti più temi possibili e rendono il popolo più efficiente nell'influenzare il comportamento politico dei governanti.

D'altra parte, le democrazie rappresentative sono molto meno efficienti delle democrazie dirette per quello che riguarda la reale partecipazione degli individui alla formazione del diritto tramite la legislazione.

La rappresentanza può essere concepita in molti sensi, ed alcuni di essi danno certo alla gente l'impressione di partecipare in maniera seria, anche se indiretta, al processo di formazione del diritto tramite legislazione, o all'amministrazione degli affari del paese tramite l'apparato esecutivo.

Sfortunatamente, ciò che sta davvero accadendo attualmente nei paesi occidentali è qualcosa che non ci dà nessun motivo reale di gratificazione, se analizziamo i fatti con freddezza.

VI

Libertà e rappresentanza

Si afferma frequentemente che esiste, o, meglio, esisteva un tempo, un concetto classico di processo democratico, che poco somiglia a ciò che sta accadendo oggi sulla scena politica in Gran Bretagna – ove il processo ha origine medievale – o in altri paesi che hanno più o meno imitato il sistema “democratico” inglese. Tutti gli economisti ricorderanno ciò che sostenne chiaramente Schumpeter su questo tema in *Capitalism, Socialism and Democracy*. Secondo il concetto classico di “democrazia”, come fu formulato verso la fine del diciottesimo secolo in Inghilterra, il processo democratico permetteva al popolo di decidere questioni tramite rappresentanti eletti nel parlamento. Ciò offriva un surrogato presumibilmente efficiente della decisione diretta di problemi generali da parte del popolo, come le decisioni che venivano prese nelle città della Grecia antica, o nei comuni medievali italiani, e nei *Landsgemeinden* svizzeri. I rappresentanti dovevano decidere per il popolo tutte le questioni che esso non poteva decidere da sé per motivi tecnici, come, ad esempio l'impossibilità di incontrarsi tutti insieme in una piazza per discutere linee di condotta e prendere decisioni. I rappresentanti erano concepiti come delegati del popolo, il cui compito era formulare ed eseguire la volontà di quest'ultimo. A sua volta, il popolo non era concepito come una entità mitica, ma piuttosto come l'insieme degli individui nel loro *status* di cittadini; i rappresentanti del popolo, come persone, erano essi stessi cittadini e perciò in condizione di esprimere ciò che pensavano

i loro rappresentati sulle questioni generali della comunità. Secondo l'interpretazione di Burke,

in origine non si pensava che la Camera dei Comuni fosse parte del governo permanente inglese. Era considerata come un controllo espresso *in forma immediata* dal popolo e che doveva rapidamente *essere restituito alla massa* da cui era sorto. Sotto questo profilo, valeva per la Camera dei Comuni quello che valeva per le *corti* più basse. Essendo transitorio il ruolo di magistrato, e permanente quello di cittadino, quest'ultimo, si sperava, sarebbe prevalso in tutte le discussioni, non solo fra il popolo e l'autorità permanente della Corona, ma anche fra il popolo e l'autorità fugace della stessa Camera dei Comuni...¹

Secondo questa interpretazione, e a prescindere dalla cosiddetta autorità permanente della Corona, è certo che i deputati devono "discutere" e decidere più nel loro ruolo di cittadini che di magistrati, e inoltre che i cittadini come tali sono una autorità permanente, che deve scegliere i magistrati per realizzare la sua espressione immediata e transitoria.

Burke stesso non era uomo da considerarsi una specie di nastro registrato mandato dai suoi elettori in parlamento. Egli si curava anche di sottolineare che

esprimere un'opinione è diritto di tutti gli uomini; quella degli elettori è un'opinione importante e rispettabile, che un rappresentante dovrebbe esser lieto di sentire e dovrebbe sempre considerare nel modo più serio. Ma le istruzioni autoritarie e i mandati, cui il membro sia tenuto ad obbedire ciecamente e incondizionatamente, e a favore dei quali debba votare e argomentare, per quanto contrari alla più chiara convinzione del suo giudizio e della sua coscienza, sono cose del tutto sconosciute alle leggi del paese e derivano da un errore fondamentale sull'ordine e sul tenore complessivo della costituzione.²

In generale, sarebbe un errore pensare che verso la fine del diciottesimo secolo i membri del parlamento seguissero attentamente la volontà dei loro concittadini. La seconda

Rivoluzione inglese della fine del diciassettesimo secolo non fu una rivoluzione democratica. Come ha recentemente osservato uno studioso dello sviluppo dell'influenza del popolo sul governo britannico, Cecil S. Emden, «se si fosse fatto un plebiscito sulla questione della sostituzione di Giacomo con Guglielmo, la maggioranza avrebbe votato contro la deposizione del primo».³ Il nuovo regime del 1688 somigliava più a una oligarchia di tipo veneziano che a una democrazia. Nonostante l'abolizione della censura sulla stampa nel 1695, i membri della Camera dei Comuni e dei ministeri si mostrarono spesso poco disposti a subire critiche da parte dei concittadini. In qualche caso – per esempio nel 1712 – furono così esasperati dalla pubblicazione di certi *pamphlets* sulla condotta della Camera dei Comuni, che decisero di imporre pesanti tasse su tutti i giornali e *pamphlets*, per influenzare negativamente la loro vendita. Inoltre, si dava ben poco incoraggiamento all'esercizio dell'opinione pubblica. La pubblicazione ufficiale delle risoluzioni raggiunte negli atti del parlamento non era una procedura regolare, e l'obiezione che tale pubblicazione avrebbe potuto comportare un "appello al popolo" era sollevata di frequente, all'inizio del diciottesimo secolo, allo scopo di evitare la pubblicazione dei dibattiti e dei voti in parlamento. Lo stesso atteggiamento ispirava la Camera e i ministeri per quanto riguardava le questioni di interesse vitale per il paese, allo scopo di impedire opposizioni, da parte dell'opinione pubblica, alla linea di condotta adottata dal governo e dalla Camera. Nel diciottesimo secolo, statisti come il giovane Charles Fox potevano considerare la Camera dei Comuni come la sola rivelatrice dello spirito nazionale; Fox stesso una volta proclamò alla Camera:

Non ho nessun riguardo per la voce del popolo; è nostro dovere fare ciò che è conveniente senza considerare se può essere gradito; il loro compito è sceglierci, il nostro di agire costituzionalmente e conservare l'indipendenza del parlamento.⁴

Tuttavia, in generale si ammette che, secondo la teoria classica della democrazia, il parlamento era concepito come un comitato le cui funzioni «erano di esprimere, riflettere e rappresentare la volontà dell'elettorato».⁵ Per inciso, era molto più facile mettere in pratica questa teoria alla fine del diciottesimo secolo e prima del Reform Act del 1832 che in seguito. Sebbene i rappresentanti fossero tanto numerosi quanto oggi, gli elettori erano pochi. Nel 1830 i Comuni britannici rappresentavano un elettorato di circa 220.000 persone in una popolazione totale che si approssimava ai 14 milioni, ossia circa il 3% della popolazione adulta. I membri rappresentavano in media 330 elettori ciascuno; ora la media è di 56.000, sulla base del suffragio universale di circa 35 milioni di persone. Ma all'inizio del secolo, Dicey, mentre si opponeva alla presunta teoria "giuridica" di Austin secondo cui i membri della Camera dei Comuni erano semplicemente «fiduciari del corpo da cui erano eletti e nominati» e sosteneva che nessun giudice inglese poteva concedere che il parlamento fosse un "fiduciario", in senso giuridico, degli elettori, non trovava difficoltà ad ammettere che «in senso politico, gli elettori sono la parte più importante, o, possiamo addirittura dire, sono in realtà il potere sovrano, poiché la loro volontà è sicura, nella attuale costituzione, di ottenere l'ubbidienza ultima». Pertanto, Dicey riconosceva che il linguaggio di Austin era tanto corretto rispetto alla sovranità "politica", quanto erroneo rispetto a quella che egli chiamava sovranità "giuridica" e affermava che «gli elettori sono una parte, e la parte predominante, del potere politico sovrano».⁶

Oggi, la volontà dell'elettorato, e tanto più quella dell'elettorato combinata con la volontà dei Lord e della Corona, ha di sicuro la prevalenza definitiva su tutte le questioni che il governo britannico deve decidere. Possiamo spingerci un po' più oltre, e affermare che le disposizioni della costituzione sono tali da assicurare che la volontà degli elettori si affermi sempre infine, con mezzi regolari e costituzionali, come l'influenza dominante nel paese.⁷

Tutto ciò era possibile, secondo Dicey, per il carattere *rappresentativo* del regime inglese: «lo scopo e l'effetto di tale governo è produrre una coincidenza, o in ogni caso diminuire la divergenza fra le limitazioni interne e quelle esterne dell'esercizio del potere sovrano»,⁸ cioè fra la volontà del sovrano – in Inghilterra il parlamento è giuridicamente sovrano – e «i desiderî permanenti della nazione».⁹ Su questo tema, Dicey concludeva:

la differenza fra la volontà del sovrano e la volontà della nazione fu eliminata dalla fondazione di un regime di governo veramente rappresentativo. Ove un parlamento rappresenta veramente il popolo, la divergenza fra il limite interno ed esterno dell'esercizio del potere sovrano non può emergere, o, se emerge, è destinata a sparire presto. In parole povere, i desiderî permanenti della porzione rappresentativa del parlamento non possono differire, a lungo termine, dai desiderî del popolo inglese e, in ogni caso, degli elettori: ciò che comanda la maggioranza della Camera dei Comuni, di solito è ciò che desidera la maggioranza del popolo inglese.¹⁰

Naturalmente, “rappresentanza” è un termine piuttosto generico. Possiamo adottarne solo un significato “giuridico”, per concludere – come fanno diversi giuristi nei confronti della rappresentanza politica in altri paesi – che questo termine significa né più né meno ciò che si suppone significhi nel diritto costituzionale, o, in Inghilterra, nelle convenzioni costituzionali prevalenti in un dato periodo. Ma, come ha mostrato giustamente Dicey, c'è anche un significato “politico” di “rappresentanza”, ed è questo significato politico che viene messo in rilievo dagli scienziati politici in relazione ai fatti reali.

Il verbo “rappresentare”,¹¹ derivante dal latino *repraesentare*, cioè far di nuovo presente, aveva diversi significati nell'inglese primitivo, ma il suo primo uso politico, nel senso di agire come un soggetto autorizzato o deputato da qualcuno, è rintracciabile in un pamphlet di Isaac Pennington e in seguito, nel 1655, in un discorso parlamentare di

Oliver Cromwell del 22 gennaio: «Ho badato alla vostra sicurezza e a quella di coloro che rappresentate.» Ma, già nel 1624, “rappresentanza” era giunta a significare “sostituzione di una cosa o di una persona con un’altra”, specialmente col diritto o l’autorità di agire per conto dell’altra. Pochi anni dopo, nel 1649, troviamo la parola “rappresentante” applicata all’assemblea parlamentare nell’atto che aboliva la carica di re dopo l’esecuzione di Carlo I. L’atto menziona i “rappresentanti” della “nazione” come coloro dai quali il popolo è governato e che esso sceglie e cui si affida a questo scopo secondo “i suoi diritti antichi e giusti”.

La cosa in se stessa era certo più antica del termine. Per esempio, il famoso principio *no taxation without representation*, la cui importanza per il destino degli Stati Uniti non è necessario sottolineare, era stato stabilito in Inghilterra già nel 1297 colla dichiarazione *De tallagio non concedendo*, per essere confermato poi dalla *Petition of Right* del 1628. Ancor prima, nel 1295, il famoso mandato di Edoardo I allo sceriffo del Northamptonshire di radunare a parlamento a Westminster i rappresentanti eletti delle contee e dei borghi applicò per la prima volta nella pratica politica – se trascuriamo un precedente mandato simile di Enrico III e un precedente parlamento di rappresentanti non eletti nel 1275 – uno strumento lodato, in tempi più recenti, come la più brillante novità in campo politico dal tempo dei Greci e dei Romani.¹² Il mandato di Edoardo allo sceriffo diceva chiaramente che le persone dovevano essere *elette (elegi facias)* – borghesi per i *boroughs*, cavalieri per le contee e cittadini per le città – e sottolineava che dovevano avere «potere pieno e sufficiente per loro stessi e per le comunità... per fare ciò che sarà decretato secondo il *Common Council* sul posto, così che il predetto affare [cioè compiere quanto necessario in relazione ai gravi pericoli che minacciavano il regno] non rimanga incompleto per difetto di questo potere». Perciò è chiaro che le

persone convocate dal re a Westminster erano considerate veri e propri procuratori e mandatari delle loro comunità.

Molto interessante dal nostro punto di vista è il fatto che la “rappresentanza nel *Common Council*” non implicava necessariamente che le decisioni dovessero essere prese secondo la regola di maggioranza. Come hanno osservato alcuni studiosi – ad esempio McKechnie nel suo *Commentary in Magna Charta* (1914) – una versione altomedievale del principio *no taxation without representation* era intesa come «nessuna tassazione senza il consenso dell’individuo tassato»; nel 1221, il vescovo di Winchester «chiamato a consentire a una tassa di *scutagium*, rifiutò di pagare, dopo che il consiglio l’aveva concessa, perché dissentiva, e lo Scacchiere sostenne la sua difesa». ¹³ Veniamo anche a sapere, dallo studioso tedesco Gierke, che nelle assemblee più o meno “rappresentative” tenute fra le tribù germaniche secondo il diritto germanico “era richiesta l’unanimità”, sebbene una minoranza potesse essere costretta a cedere. Sempre Gierke sottolinea che l’idea di un nesso fra rappresentanza e regola di maggioranza si fece strada nella sfera politica tramite i concili ecclesiastici che la trassero dal diritto delle persone giuridiche, sebbene anche nella Chiesa i canonisti ritenessero che le minoranze avevano certi diritti innegabili e che le questioni di fede non potessero essere decise da semplici maggioranze. ¹⁴

Perciò, è chiaro che la formazione di decisioni collettive secondo una procedura coercitiva basata sulla regola di maggioranza, se il gruppo era solo “presentativo” o “rappresentativo” di altre persone, sembrò inizialmente innaturale, almeno per un certo periodo, ai nostri antenati, sia nei consigli politici sia in quelli religiosi, e probabilmente solo la convenienza riuscì a spianare la strada al suo sviluppo in tempi più recenti. In effetti, la procedura è in qualche modo innaturale, perché respinge alcune opzioni solo perché le persone che le adottano sono meno numerose di altre,

mentre questo metodo di prendere decisioni non è mai impiegato altrove, e, se lo fosse, avrebbe esiti chiaramente svantaggiosi. Torneremo su questo punto in seguito. Qui è sufficiente sottolineare che la rappresentanza politica era, in origine, strettamente connessa con l'idea che i rappresentanti agiscono come agenti di altri e secondo la volontà di questi ultimi.

Quando, in epoca moderna, il principio della rappresentanza, in Inghilterra e in altri paesi, fu esteso praticamente a tutti gli individui della comunità politica, o almeno a tutti gli adulti, emersero tre grandi problemi, che occorreva risolvere per far veramente funzionare il principio rappresentativo: 1) far sì che il numero dei cittadini aventi diritto a scegliere i rappresentanti corrispondesse alla reale struttura della nazione; 2) ottenere candidati alla carica di rappresentanti che fossero esponenti adeguati della volontà del popolo rappresentato; 3) adottare un metodo di scelta dei rappresentanti che avesse come esito un appropriato riflesso delle opinioni del popolo rappresentato.¹⁵

Non si può dire che questi problemi abbiano finora ricevuto una soluzione soddisfacente. Non sono stati risolti in nessun paese; nessuna nazione è riuscita a conservare lo spirito della rappresentanza come una attività svolta secondo la volontà del popolo rappresentato. Lasciamo da parte questioni importanti come quelle sollevate nel famoso saggio di J. Stuart Mill *Representative Government* (1861), sulle persone che hanno diritto ad essere rappresentate e sulla possibilità di dare una importanza diversa ai rappresentati a seconda della loro capacità e del loro contributo alle spese della comunità, e così via. Lasciamo da parte, per il momento, anche un'altra questione senza dubbio importantissima e difficile da risolvere, cioè se una rappresentanza della volontà del popolo possa essere coerente nei confronti di una gran quantità di temi, o, in altre parole, se sia veramente possibile parlare di "volontà comune" del

popolo in una serie di casi in cui le scelte sono di carattere alternativo e non esiste modo per consentire alle persone di accordarsi su una opzione qualsiasi. Schumpeter ha evidenziato questa difficoltà in *Capitalism, Socialism and Democracy*, e conclude che la “volontà comune” è una espressione il cui contenuto risulta essere inevitabilmente contraddittorio quando riferito a individui membri di una comunità di cui si dice che ha una “volontà comune”. Se le questioni politiche sono proprio quelle che non permettono più di una scelta, e se, in più, non c’è modo di scoprire con un metodo oggettivo qual è la scelta più conveniente per una comunità politica, si dovrebbe concludere che le decisioni politiche implicano sempre un elemento incompatibile con la libertà individuale, e perciò incompatibile colla vera rappresentazione della volontà delle persone la cui scelta è stata eventualmente rifiutata nella decisione adottata. Infine, lasciamo da parte, in quanto non importante per il nostro scopo, certe questioni particolari connesse ai diversi metodi di scelta. Dobbiamo osservare che il voto non è il solo sistema di scegliere rappresentanti. Abbiamo altri sistemi storicamente importanti – come il sorteggio, in taluni casi, nell’antica Grecia e, in epoca medievale e moderna, nella repubblica di Venezia – fondati su diverse modalità di elezione.

Simili questioni si possono considerare, in certa misura, problemi tecnici, estranei alla nostra indagine. Ora dobbiamo affrontare altre difficoltà.

È vero che l’estensione del principio della rappresentanza tramite l’estensione del diritto di voto a tutti i cittadini sembra corrispondere perfettamente alla concezione individualistica della rappresentanza, secondo la quale ogni individuo deve essere rappresentato in qualche modo nelle decisioni sulle questioni generali della nazione. Ogni individuo deve esercitare il suo diritto di scegliere, affidarsi a rappresentanti e istruirli allo scopo di prendere decisioni

politiche con una libera manifestazione della sua volontà. Naturalmente, come direbbe Disraeli, la volontà di alcuni può essere rappresentata perfettamente, in certi casi, da altri che indovinano i loro desideri senza essere stati da loro istruiti, come, secondo Schumpeter, fece Napoleone quando pose fine a tutte le lotte religiose del suo paese al tempo del consolato. Possiamo anche immaginare che gli interessi *reali* di alcuni – cioè, almeno gli interessi che alcuni in seguito riconoscono come i loro veri interessi, nonostante una eventuale opinione contraria precedente – possano essere meglio rappresentati da esponenti competenti e incorruttibili, che non siano mai stati autorizzati e istruiti da loro. Questo è il caso, ad esempio, dei genitori che agiscono come rappresentanti dei figli nella vita privata e negli affari. Ma sembra evidente, dal punto di vista individualistico, che nessuno è più competente di se stesso a sapere che cosa vuole. Perciò, la vera rappresentanza di volontà deve essere l'esito di una scelta da parte dell'individuo che è rappresentato. L'estensione della rappresentanza nei tempi moderni sembra corrispondere a questa considerazione. Fin qui, niente da dire.

Ma emergono difficoltà molto serie quando il principio della rappresentanza per scelta individuale è applicato alla vita politica. Nella vita privata, di regola, queste difficoltà non esistono. Chiunque può contattare chiunque altro di cui si fidi e impegnarlo come agente per negoziare un contratto, ad esempio, secondo istruzioni che possono essere chiaramente definite, comprese ed eseguite.

In politica non avviene niente del genere, e questa sembra essere anche una conseguenza della stessa estensione della rappresentanza ad un maggior numero di individui. È un grave inconveniente di questo principio il fatto che più si cerca di estenderlo, meno si raggiunge lo scopo. Si deve comunque osservare che la vita politica non è l'unico ambito in cui è emerso questo inconveniente. Gli economisti

e i sociologi ci hanno già fatto notare che la rappresentanza funziona male nelle grandi società private. Si sostiene che gli azionisti hanno poca influenza sulla linea di condotta degli amministratori, e che il potere discrezionale di questi ultimi – effetto e assieme causa della “rivoluzione manageriale” della nostra epoca – aumenta in proporzione al numero degli azionisti che gli amministratori “rappresentano” in una azienda.¹⁶ La storia della rappresentanza nella vita politica ed economica ci dà una lezione che la gente non ha ancora imparato. Nel mio paese c’è un proverbio, «chi vuole vada», che dice che se si vuole davvero qualcosa, si deve andare a vedere da soli che cosa fare, invece di mandare un messaggero. Naturalmente, la propria azione può non avere successo se non si è abbastanza intelligenti, abili e ben informati. E questo è ciò che gli amministratori e i rappresentanti, in politica come negli affari, direbbero se solo si dessero la pena di spiegare alle persone che rappresentano come si fanno veramente le cose.

John Stuart Mill mise in rilievo che la rappresentanza non può funzionare a meno che i rappresentati non partecipino in qualche modo all’attività dei loro rappresentanti.

Le istituzioni rappresentative sono di poco valore, e possono essere un semplice strumento di intrighi o di tirannide, quando la generalità degli elettori non è sufficientemente interessata al proprio governo tanto da andare a votare, o, se ci va, non concede il suo suffragio nell’interesse pubblico, ma lo vende per denaro, o vota agli ordini di qualcuno che la controlla, o che desidera propiziarsi per motivi privati. L’elezione popolare, così praticata, invece di essere una garanzia contro il malgoverno, è solo una ruota addizionale del suo ingranaggio.¹⁷

Ma nella rappresentanza politica emergono difficoltà che probabilmente non sono dovute a mancanza di intelligenza, a cattiva volontà, o ad apatia dei rappresentati. È ovvio che le questioni in gioco nella vita politica sono troppe e troppo complicate e che molte di esse sono sconosciute sia

ai rappresentanti sia ai rappresentati. In queste condizioni, nella gran parte dei casi non si potrebbero dare istruzioni. Ciò accade quando i sedicenti rappresentanti non sono nella condizione di esprimere la vera volontà del presunto “popolo rappresentato”, o quando rappresentati e rappresentanti non sono d'accordo sulle soluzioni da adottare.

Nel mettere in rilievo questo fatto, non mi riferisco solo al modo consueto di scegliere i rappresentanti nel nostro tempo, e cioè al voto. Tutte le difficoltà che ho denunciato si verificano a prescindere dal metodo di scelta.

Ma lo stesso voto sembra aumentare le difficoltà connesse sia al significato di “rappresentanza”, sia a quello di “libertà” degli individui nel fare la loro scelta. Tutte le difficoltà collegate ai gruppi di decisione e alle decisioni di gruppo perdurano, quando consideriamo il voto nei sistemi politici attuali. L'elezione è il risultato di una decisione collettiva ove tutti gli elettori devono essere considerati come membri di un gruppo, per esempio della circoscrizione o dell'elettorato nel complesso. Abbiamo visto che le decisioni di gruppo implicano procedure, come la regola di maggioranza, incompatibili con la libertà individuale di scelta, del tipo di cui gode un compratore o un venditore nel mercato, come in ogni altra scelta della sua vita privata. Gli effetti coercitivi del meccanismo della votazione sono stati evidenziati ripetutamente da politici, sociologi, scienziati politici, e specialmente da matematici. Certi aspetti paradossali di questa coercizione sono stati denunciati, in particolare, dai critici di quel metodo classico di rappresentanza che è il cosiddetto sistema uninominale, ancora impiegato nei paesi di lingua inglese. Vorrei far notare che tali critiche si fondano principalmente sulla presunzione che tale sistema non sarebbe in accordo col principio della “rappresentanza”, cioè, come dice Mill, le questioni politiche sono decise «da una maggioranza della maggioranza, che può essere, e spesso è, solo una minoranza del totale».

Cito il brano del saggio di Mill sull'argomento:

Si supponga allora che, in un paese governato dal suffragio universale, ci sia una competizione elettorale in ogni circoscrizione, e ogni elezione sia sostenuta da una piccola maggioranza. Il parlamento perciò nel suo complesso rappresenta poco più della maggioranza semplice del popolo. Questo parlamento legifera e adotta misure importanti a maggioranza semplice. Che cosa garantisce che queste misure siano in armonia con i desideri della maggioranza del popolo? Quasi la metà degli elettori, messa in minoranza nelle operazioni elettorali, non ha affatto avuto influenza nella decisione; e tutti questi elettori possono essere – e una maggioranza di essi probabilmente lo è – ostili alle misure, avendo votato contro coloro che le hanno sostenute. Degli elettori rimanenti, quasi metà ha scelto rappresentanti che, nella nostra ipotesi, hanno votato contro le misure. Perciò è possibile, e non del tutto improbabile, che l'opinione che ha prevalso fosse gradita solo a una minoranza della nazione.¹⁸

Questo argomento non è del tutto convincente, perché l'esempio citato da Mill è probabilmente solo teorico, ma contiene un po' di verità; ben conosciamo i meccanismi – come la rappresentanza proporzionale, di cui esistono non meno di trecento tipi – ideati per rendere le elezioni più “rappresentative” della presunta volontà degli elettori. Ma si sa anche che nessun altro sistema elettorale evita tali difficoltà insormontabili, e ne è prova la stessa esistenza di strumenti come i *referendum*, le iniziative popolari e così via, introdotti non per migliorare la rappresentanza, ma per sostituirla con un altro sistema, basato su un principio diverso: quello della democrazia diretta.

In realtà, nessun sistema rappresentativo basato su elezioni può funzionare bene, ove le elezioni siano tenute allo scopo di raggiungere decisioni collettive tramite la regola di maggioranza o qualunque altra regola il cui effetto è costringere la parte perdente dell'elettorato. Perciò, i sistemi “rappresentativi” come di solito concepiti, in cui elezione e rappresentanza sono connesse, risultano incompatibili

con la libertà individuale, nel senso di libertà di scegliere, autorizzare e istruire un rappresentante.

Nondimeno, la “rappresentanza” è stata conservata fino ai nostri giorni come una delle presunte caratteristiche del nostro ordinamento politico, per mezzo di un semplice svuotamento del significato storico della parola e del suo uso come slogan o, per dirla con i filosofi analitici inglesi, come parola “persuasiva”. In effetti, la parola “rappresentanza” in politica ha ancora una connotazione favorevole, perché la gente inevitabilmente la intende nel senso di una specie di relazione fra mandante e mandatario, proprio come nella vita privata, negli affari, e nel diritto costituzionale inglese immaginato da Austin. Come ha fatto rilevare uno dei più noti studiosi dei partiti politici, R. T. McKenzie:

A parole si rispetta ancora la concezione classica della democrazia, anche da parte dei molti che sono consapevoli della misura in cui si è mostrata irrealizzabile... Diventa anche sempre più evidente che la teoria classica attribuiva all'elettorato un grado del tutto irrealistico di iniziativa, e ignorava quasi completamente l'importanza della *leadership* nel processo politico.¹⁹

Nel frattempo, per usare una parola di Weber, continua a procedere la *monocratizzazione* entro gruppi come i partiti politici; almeno in Europa, si adempie la profezia del mio concittadino Roberto Michels, il quale, nel suo famoso saggio, pubblicato nel 1927 dalla «American Political Science Review», sul carattere sociologico dei partiti politici, formulò la cosiddetta legge ferrea delle oligarchie, come regola principale dell'evoluzione interna di tutti i partiti.

Tutto ciò influenza non solo il destino della democrazia, ma anche quello della libertà individuale, laddove l'individuo partecipi al cosiddetto processo democratico e le idee di democrazia siano compatibili con quelle di libertà individuale.

Si tende ad accettare le cose come stanno, non solo perché non si riesce a vedere niente di meglio, ma anche

perché spesso non si è consapevoli di che cosa stia veramente accadendo. Si giustifica la democrazia dei nostri giorni perché sembra garantire almeno una lasca partecipazione degli individui al processo di legislazione e all'amministrazione del loro paese – una partecipazione che, per quanto possa essere lasca è considerata la migliore realizzabile. Con una simile disposizione d'animo, R.T. McKenzie scrive: «È... realistico sostenere che l'essenza del processo democratico è la competizione libera per la *leadership* politica.» Egli aggiunge che «il ruolo essenziale dell'elettorato non è decidere su linee di condotta specifiche, ma decidere quale di due o più gruppi concorrenti di leader potenziali dovrà prendere le decisioni».²⁰ Non è molto, però, per una teoria politica che usa ancora termini come “democrazia” e “rappresentanza”. Non è molto, se consideriamo che la “rappresentanza” è qualcosa d'altro da ciò che sostengono queste nuove teorie, o almeno che è stata concepita come qualcosa d'altro, fino a tempi recenti, nella politica, e lo è ancora nella vita privata e negli affari.

Si possono sollevare valide obiezioni contro gli argomenti di coloro che accettano questa versione evirata del punto di vista individualistico, e pensano che il “metodo rappresentativo” come funziona attualmente sia migliore di qualsiasi altro sistema che mette la gente in grado di partecipare alla formazione delle linee di condotta politica e soprattutto alla formazione del diritto in accordo con la libertà di scelta individuale.

Si può dire che la gente abbia parte in questi processi solo per mezzo di decisioni collettive come, ad esempio, quella di una circoscrizione, o di un consiglio di rappresentanti come il parlamento. Ma dire questo è assumere un punto di vista strettamente *giuridico*, cioè basato sull'attuale regolamentazione giuridica, senza considerare tutto ciò che è o non è dietro le norme giuridiche. Questo punto di vista giuridico diviene insostenibile appena scopriamo che la

legislazione e le costituzioni, sulla base delle quali dobbiamo decidere se qualcosa è “legittimo”, sono di frequente radicate in qualcosa che non è affatto “legittimo”. La costituzione americana, grande opera di tanti eccellenti statisti della fine del diciottesimo secolo, fu il risultato di un’azione *illegittima*, intrapresa alla Convenzione di Philadelphia dai Padri fondatori, cui non era stato conferito alcun potere da parte dell’autorità legittima da cui dipendevano, e cioè il Congresso continentale. Quest’ultimo, a sua volta, aveva un’origine *illegittima*, perché era stato istituito in seguito a una ribellione da parte delle colonie americane contro il potere legittimo della Corona britannica.

L’origine della recente costituzione del mio paese non si può dire più legittima di quella della sua corrispondente americana. Va sottolineato che molti in Italia non ne sono consapevoli.

Infatti, l’attuale costituzione italiana fu elaborata da una assemblea costituente istituita con un decreto del 25 giugno 1944, emanato da Umberto di Savoia, il principe ereditario, che era stato nominato luogotenente generale del regno d’Italia, senza limiti di competenza, dal re Vittorio Emanuele III, con un regio decreto datato 5 giugno 1944. Ma né il luogotenente, né il re stesso avevano il potere di cambiare la costituzione o di convocare un’assemblea per farlo. Inoltre, tale decreto traeva origine dall’accordo di Salerno, che ebbe luogo, sotto gli auspicî degli Alleati, fra Vittorio Emanuele III e i “rappresentanti” di partiti italiani che nessuno aveva scelto col metodo consueto dell’elezione. Perciò, la assemblea costituente era da considerarsi *illegittima* dal punto di vista del diritto vigente nel regno, perché l’atto che aveva dato origine alla assemblea era esso stesso illegittimo, dal momento che il suo autore, il luogotenente generale, l’aveva promulgato *ultra vires*. D’altra parte, sarebbe stato difficilissimo evitare atti “illegittimi” in una situazione del genere. Nessuna delle istituzioni

previste dalle leggi costituzionali del paese era sopravvissuta fino al giugno 1944. La Corona aveva mutato il suo carattere dopo la nomina del luogotenente generale; uno dei rami del parlamento, la Camera dei Fasci e delle Corporazioni, era stato soppresso senza essere sostituito, e l'altro, il Senato, non era in condizioni di funzionare. Questa è la lezione per chi parla di ciò che è *legittimo* e ciò che non lo è sulla base di costituzioni presunte "legittime" e non si cura di ciò che c'è dietro.

Leslie Stephen indicò piuttosto bene i limiti del punto di vista giuridico:

I giuristi sono inclini a parlare come se il potere legislativo fosse onnipotente, come se non avessero bisogno di andare oltre le sue decisioni. È, naturalmente, onnipotente, nel senso che può fare qualunque legge gli piaccia, in quanto legge significa norma fatta dal legislativo. Ma dal punto di vista scientifico, il potere di legislazione è, com'è naturale, strettamente limitato. È limitato, per così dire, sia dall'interno sia dall'esterno; dall'interno, perché la legislazione è il prodotto di certe condizioni sociali, e determinato da ciò che determina la società; dall'esterno, perché il potere di imporre leggi dipende dall'istinto di subordinazione, che è esso stesso limitato. Se un organo legislativo decidesse che tutti i bambini con gli occhi blu devono essere uccisi, sarebbe illegittimo; ma i legislatori dovrebbero impazzire prima di approvare una simile legge, e i sudditi dovrebbero essere idioti per potervisi sottomettere.²¹

Pur essendo d'accordo con Leslie Stephen, mi chiedo, per inciso, se l'idiozia da parte dei "sudditi" cominci solo a questo punto, e se i "sudditi" contemporanei non siano disposti ad accettare in futuro decisioni come queste ove gli ideali di "rappresentanza" e "democrazia" continuassero a identificarsi troppo col potere di decidere semplicemente – come direbbe R.T. McKenzie – «quale di due o più gruppi concorrenti di leader potenziali prenderanno le decisioni» per ogni tipo di azione e di comportamento dei concittadini.

Naturalmente, scegliere fra concorrenti potenziali è la attività propria di un individuo libero nel mercato. Ma c'è una grande differenza. I concorrenti sul mercato, se vogliono tenere la loro posizione, devono per forza lavorare per i loro elettori – cioè per i clienti – anche quando essi stessi e i loro elettori non ne sono completamente consapevoli. I concorrenti politici, d'altra parte, non lavorano necessariamente per gli elettori, dato che questi non possono scegliere i particolari “prodotti” dei politici. I produttori politici – se posso usare questo termine – sono allo stesso tempo venditori e compratori dei propri prodotti, sempre in nome dei concittadini. Non ci si attende che questi ultimi dicano «Non voglio questa legge, non voglio questo decreto», poiché, secondo la teoria della rappresentanza, essi hanno già delegato la loro facoltà di scelta ai loro rappresentanti.

Certo, questo è un punto di vista *giuridico*, che non coincide necessariamente con l'atteggiamento effettivo degli interessati. Nel mio paese i cittadini distinguono spesso fra il punto di vista *giuridico* e altri punti di vista. Ho sempre ammirato i paesi in cui il punto di vista giuridico coincide, per quanto possibile, con qualsiasi altro, e mi sono convinto che le loro grandi realizzazioni politiche sono principalmente dovute a questa coincidenza. Ne rimango ancora convinto, ma mi chiedo se questa virtù non possa diventare un vizio qualora abbia come esito una accettazione cieca di decisioni inadeguate. Un proverbio del mio paese può spiegare perché i teorici politici italiani, da Machiavelli a Pareto, Mosca e Roberto Michels, si interessarono poco del punto di vista *giuridico*, ma cercarono sempre di superarlo e vedere che cosa succede dietro di esso. Non penso che i popoli di lingua tedesca e inglese abbiano un proverbio come «Chi comanda fa la legge». Questa sembra una frase hobbesiana, ma manca dell'enfasi di Hobbes sulla *necessità* di un potere supremo. È piuttosto, se non mi sbaglio, una

frase cinica, o, se si preferisce, realistica. I Greci, naturalmente, avevano una dottrina analoga, anche se non so se avessero un simile proverbio.

Non si pensi che io raccomandi un tale cinismo politico. Sto solo indicando le implicazioni scientifiche di questo cinismo, se si possono davvero qualificare queste dottrine come ciniche. Chi ha il potere fa la legge. Certo, ma che dire di chi non ha il potere? Il proverbio non ne parla, ma suppongo che una visione piuttosto critica dei limiti del diritto in quanto incentrato sul potere politico sia la conclusione naturale di questa dottrina. Questa è forse la ragione per la quale i miei concittadini non sanno a memoria, come molti Americani, la loro costituzione scritta. Essi sono convinti, direi in modo istintivo, che le leggi e le costituzioni scritte non sono il fine della storia politica. Non solo esse cambiano, e cambiano piuttosto spesso, ma non corrispondono sempre alla *legge scritta in tavole viventi*, come avrebbe detto Bacone. Oserei dire che c'è una specie di ordinamento di cinica *common law* che sta sotto l'ordinamento scritto, e che differisce dalla *common law* inglese in quanto non solo è non scritta, ma anche ufficialmente non riconosciuta.

Inoltre, penso che qualcosa di simile stia accadendo e accadrà anche in misura maggiore in altri paesi ove la coincidenza fra il punto di vista giuridico e gli altri è stata fino a tempi recenti così perfetta. L'accettazione cieca del punto di vista giuridico contemporaneo condurrà alla distruzione graduale della libertà individuale di scelta nella politica come nel mercato e nella vita privata, perché il punto di vista giuridico contemporaneo comporta una sempre maggiore sostituzione delle decisioni collettive alle scelte individuali e l'eliminazione progressiva degli aggiustamenti spontanei, non solo fra domanda e offerta, ma anche fra ogni tipo di comportamento, attraverso procedure rigide e coercitive come quella della regola di maggioranza.

In sintesi: in tutti gli ordinamenti politici contemporanei ci sono assai più legislazione, assai più decisioni collettive, assai più scelte rigide, e assai meno “leggi scritte su tavole viventi”, assai meno decisioni individuali, assai meno scelte libere di quanto sarebbe necessario per conservare la libertà individuale di scelta.

Non dico che si dovrebbe fare completamente a meno della legislazione, e rinunciare del tutto alle decisioni collettive e alle regole maggioritarie per restaurare la libertà individuale di scelta in quei campi in cui l’abbiamo persa. Sono piuttosto d’accordo che in alcuni casi le questioni riguardano tutti e non possono essere affrontate con aggiustamenti spontanei e scelte individuali pur reciprocamente compatibili. Non c’è prova storica che sia mai esistita una situazione anarchica come quella che si avrebbe se la legislazione, le decisioni collettive e la coercizione delle scelte individuali fossero eliminate del tutto.

Ma sono convinto che più riusciamo a ridurre la vasta area attualmente occupata dalle decisioni collettive nella politica e nel diritto, con tutti i parafernali delle elezioni, della legislazione e così via, più riusciremo a stabilire uno stato di cose simile a quello che prevale nell’ambito del linguaggio, della *common law*, del libero mercato, della moda, del costume, etc., ove tutte le scelte individuali si adattano reciprocamente e nessuna è mai messa in minoranza. Nel nostro tempo, l’estensione dell’area in cui sono ritenute necessarie, o anche convenienti, le decisioni collettive è stata grossolanamente sovrastimata, e l’area in cui gli adattamenti individuali spontanei sono stati ritenuti necessari o convenienti è stata circoscritta ben più severamente di quanto non sia consigliabile se vogliamo conservare il significato tradizionale dei grandi ideali dell’Occidente.

Sono dell’idea che le mappe delle summenzionate aree siano da ridisegnare, perché ora sono indicate molte terre e mari in luoghi in cui le vecchie mappe classiche non

segnalavano nulla. Sospetto anche, se posso continuare ad usare questa metafora, che nelle mappe attuali ci siano segni e indicazioni che non corrispondono in realtà a terre di nuova scoperta, e che alcune terre non debbano essere collocate dove sono state poste dagli attuali imprecisi geografi del mondo politico. In effetti, alcuni segni che appaiono nelle mappe politiche di oggi sono solo macchioline con niente di reale dietro, e il nostro comportamento nei loro confronti è come quello del capitano che scambiò per un'isola quello che una mosca aveva lasciato sulla mappa qualche giorno prima, e continuò a cercare quella presunta "isola" nell'oceano.

Nel ridisegnare queste mappe delle decisioni collettive e delle decisioni individuali, dobbiamo tener conto del fatto che le prime includono decisioni del tipo "tutto-o-niente", come direbbe Buchanan, mentre le ultime includono decisioni articolate che sono compatibili – anzi complementari – con le decisioni altrui.

Una regola d'oro di questa riforma – se non erro – dovrebbe essere che tutte le decisioni che si sono dimostrate reciprocamente non incompatibili dovrebbero sostituire le corrispondenti decisioni collettive su soluzioni qualificate erroneamente fra loro incompatibili. Sarebbe stupido, per esempio, sottoporre gli individui a una decisione collettiva rispetto a questioni come la scelta fra andare al cinema e fare una passeggiata, quando non c'è incompatibilità fra queste due forme di comportamento.

I fautori delle decisioni collettive – per esempio, della legislazione – sono sempre inclini a pensare che le scelte individuali siano reciprocamente incompatibili, che i temi di cui si tratta siano del tipo "tutto-o-niente", e che il solo modo di fare una scelta definitiva sia adottare una procedura coercitiva come la regola di maggioranza. Questa gente pretende di difendere la causa della democrazia. Ma dobbiamo ricordare sempre che quando la regola di

maggioranza sostituisce senza necessità la scelta individuale, la democrazia confligge con la libertà individuale. È questo particolare tipo di democrazia che dovrebbe essere tenuto al minimo allo scopo di conservare un massimo di democrazia compatibile con la libertà individuale.

Certo, sarebbe necessario evitare equivoci sul principio stesso della riforma che propongo. La libertà non potrebbe essere concepita indifferentemente come “libertà dal bisogno” o come “libertà dagli uomini”, proprio come la coercizione non potrebbe essere intesa come “costrizione” esercitata da persone che non hanno fatto assolutamente nulla per costringere altri.

La valutazione delle varie forme di comportamento e di decisione allo scopo di stabilire l'area cui appartengono e in essa collocarle, se svolta con coerenza, implicherebbe una grande rivoluzione nel campo delle costituzioni contemporanee e del diritto amministrativo. Questa rivoluzione consisterebbe per lo più nel trasferimento di norme dall'area della legge scritta a quella della legge non scritta. In questo trasferimento, si dovrebbe fare molta attenzione al concetto della *certezza del diritto*, concepita come certezza a lungo termine, per render possibile agli individui di fare scelte libere in rapporto non solo al presente, ma anche al futuro. In questo processo, il potere giudiziario dovrebbe essere il più possibile separato dagli altri poteri, com'era in epoca romana e nel medioevo, quando la *jurisdictio* era separata il più possibile dall'*imperium*. Il potere giudiziario dovrebbe indirizzarsi molto di più a scoprire qual è la legge piuttosto che imporre alle parti in causa ciò che il giudice pensa sia la legge.

Il processo di formazione del diritto dovrebbe essere riformato in modo da diventare un processo principalmente, se non esclusivamente, spontaneo, come il commerciare, il parlare o l'intrattenere altre relazioni compatibili e complementari da parte di individui con altri individui.

Si può obiettare che una simile riforma sarebbe equivalente alla creazione di un mondo utopico. Ma tale mondo fu, tutto sommato, certamente non utopico in diversi paesi e in diverse epoche storiche, alcune delle quali non sono del tutto svanite dalla memoria delle generazioni viventi. D'altra parte, è senz'altro molto più utopistico continuare a levare appelli a un mondo ove i vecchi ideali stanno morendo e rimangono solo vecchie parole, come gusci vuoti, che ognuno può riempire col significato preferito, a prescindere dall'esito finale.

VII

Libertà e volontà comune

A un osservatore superficiale la mia proposta di ridisegnare le mappe delle aree occupate rispettivamente dalle scelte individuali e dalle decisioni collettive può sembrare più un temerario attacco contro l'ordinamento attuale, con la sua enfasi sulle decisioni di gruppo e i gruppi di decisione, che una argomentazione convincente a favore di un altro sistema, che privilegi le decisioni individuali.

Nella politica sembrano esserci molte questioni sulle quali l'accordo, almeno inizialmente, non può essere unanime, e perciò sono inevitabili le decisioni collettive, con la loro appendice di procedure coercitive, regola di maggioranza e così via. Questo può essere vero per gli ordinamenti attuali, ma non lo è dopo una attenta valutazione delle questioni che devono essere decise da gruppi secondo procedure coercitive.

I gruppi di decisione spesso ci ricordano gruppi di rapinatori, a proposito dei quali l'eminente studioso americano Lawrence Lowell una volta osservò che essi non costituiscono una maggioranza quando – dopo aver aspettato un viandante in un luogo solitario – lo privano della borsa. Secondo Lowell, un manipolo di persone non può essere detto una “maggioranza” rispetto all'uomo che derubano. Né quest'ultimo può essere chiamato una “minoranza”. Ci sono protezioni costituzionali e, naturalmente, la legislazione penale, negli Stati Uniti e in altri paesi, per impedire la formazione di questo tipo di “maggioranze”. Sfortunatamente, un gran numero di maggioranze oggi ha spesso

molto in comune con questa “maggioranza” speciale descritta da Lowell. Sono maggioranze *legittime*, costituite secondo la legge scritta e le costituzioni, o almeno secondo un’interpretazione piuttosto elastica delle attuali costituzioni di molti paesi. Quando una maggioranza dei pretesi “rappresentanti del popolo” riesce a pervenire ad una decisione collettiva come, ad esempio, gli attuali Landlord and Tenant Acts inglesi, o analoghe leggi italiane, finalizzate a costringere i proprietari, contro la loro volontà e contro gli accordi precedenti, a dare le loro case, per un affitto basso, ad inquilini che potrebbero pagare, nella maggior parte dei casi, un affitto in armonia coi prezzi di mercato, non riesco a vedere nessuna ragione per distinguere questa maggioranza da quella descritta da Lowell. C’è solo una differenza: la seconda non è consentita dalla legge scritta del paese, mentre la prima sì.

In effetti, l’unica caratteristica che entrambe le maggioranze hanno in comune è la costrizione esercitata da parte dei più numerosi sui meno numerosi, per far subire a questi ultimi situazioni che non avrebbero mai sopportato se avessero potuto fare scelte libere e liberi accordi con i primi. Non c’è motivo di supporre che gli individui appartenenti a queste maggioranze avrebbero una sensazione diversa da quella delle loro vittime se appartenessero alle minoranze che sono riusciti a costringere. Perciò, il detto del vangelo, risalente almeno alla filosofia confuciana, e che è forse una delle norme più concise ed efficaci della filosofia della libertà individuale – «Non fare agli altri ciò che non vorresti fosse fatto a te» – è stato modificato in questo modo dalle maggioranze del tipo di Lowell: «Fa agli altri ciò che non vorresti fosse fatto a te.»

A questo proposito, Schumpeter aveva ragione di dire che la “volontà comune” è una finzione nella comunità politica moderna. Dobbiamo essere d’accordo con lui se consideriamo tutti i casi di decisioni collettive analoghi a

quelli menzionati. Chi appartiene alla parte vincente del gruppo dice di decidere per l'interesse comune e secondo la "volontà comune".

Ma quando sono in ballo decisioni che costringono delle minoranze a rinunciare al loro denaro, o a tenere in casa persone che non vogliono tenere, non c'è unanimità da parte di tutti i membri del gruppo. Certo, molti considerano la stessa mancanza di unanimità come una buona ragione per invocare gruppi di decisione e procedure coercitive. Tuttavia, questa non è un'obiezione valida contro la riforma che sto proponendo. Se consideriamo che un fine primario di questa riforma sarebbe restaurare la libertà individuale come libertà dalla costrizione di altri, non troviamo motivo per concedere spazio, nel nostro ordinamento, a quelle decisioni che implicano la costrizione di minoranze per conto di maggioranze. Non ci potrebbe essere una "volontà comune" in questi tipi di decisioni, a meno che non si identifichi, semplicemente, la volontà comune con la volontà delle maggioranze a prescindere dalla libertà di chi appartiene alle minoranze.

D'altra parte, la "volontà comune" ha un significato molto più convincente di quello adottato dai fautori delle decisioni collettive. È *la volontà che emerge dalla collaborazione di tutte le persone interessate, senza ricorso alle decisioni di gruppo e ai gruppi di decisione*. Questa volontà comune crea e tiene vive le parole nel linguaggio ordinario, così come accordi e impegni fra varie parti, senza bisogno di coercizione nelle relazioni interpersonali, e così via; esalta artisti, scrittori, attori o atleti, e crea e mantiene in vita la moda, le regole di cortesia, le norme morali. Questa volontà è "comune", nel senso che tutti gli individui che prendono parte alla sua manifestazione e al suo esercizio in una comunità sono liberi di farlo senza essere costretti da altri ad accettare le decisioni altrui. In tale sistema, tutti i membri della comunità sembrano d'accordo

in linea di principio sul fatto che sentimenti, azioni, comportamenti e così via, da parte dei membri della comunità, sono perfettamente ammissibili e permissibili senza disturbare nessuno, a prescindere dal numero di individui che ha voglia di comportarsi o agire in questi modi.

Certo, questo è più un modello teorico della “volontà comune” che una situazione storicamente accertabile in tutti i particolari. Ma la storia offre una serie di esempi di società in cui è possibile dire che una “volontà comune”, nel senso descritto, è esistita. Anche oggi e anche in quei paesi ove sono largamente applicati metodi coercitivi, ci sono ancora molte situazioni in cui emerge una vera volontà comune, e nessuno contesterebbe seriamente la sua esistenza o desidererebbe un diverso stato di cose.

Vediamo ora se è possibile immaginare una “volontà comune” che si rifletta non solo in un linguaggio comune o in un diritto comune, in mode e gusti comuni e così via, ma anche in decisioni collettive, con tutti i loro parafernali di procedure coercitive.

Parlando rigorosamente, dobbiamo concludere che nessuna decisione di gruppo è l'espressione di una volontà comune a tutte le persone che partecipano alla decisione in un momento dato, a meno che non sia unanime. Ma le decisioni sono prese in qualche caso contro le minoranze – per esempio, quando una giuria raggiunge un verdetto contro un rapinatore o un assassino – le quali non esiterebbero, a loro volta, ad adottare o favorire le medesime decisioni se fossero state vittime in analoghe situazioni. È stato ripetutamente osservato, fin dai tempi di Platone, che anche i pirati e i predoni devono accettare una legge *comune*, affinché la loro banda non sia dissolta o distrutta dall'interno. Se prendiamo in considerazione questi fatti, possiamo dire che ci sono decisioni che, sebbene non riflettano sempre la volontà di tutti i membri del gruppo, possono essere considerate come “comuni” al gruppo, in

quanto tutti le ammettono in circostanze simili. Penso che questo sia il nucleo di verità di certe considerazioni paradossali di Rousseau, che sembrano piuttosto stupide ai suoi avversari o ai suoi lettori superficiali. Dicendo che un criminale vuole la propria condanna, poiché ha precedentemente pattuito con gli altri la punizione di tutti i criminali compreso se stesso, se fosse stato il caso, il filosofo francese afferma qualcosa di insensato, se preso alla lettera. Ma non è insensato presumere che ogni criminale ammetterebbe e anche richiederebbe la condanna per altri criminali, nelle medesime circostanze. In questo senso, c'è una "volontà comune", da parte di ogni membro della comunità, d'ostacolare e alla fine punire certi tipi di comportamento che in quella società sono definiti delittuosi. Lo stesso vale più o meno per tutti gli altri tipi di comportamento detti *torts* nei paesi di lingua inglese, cioè forme di comportamento che non sono permesse nella comunità per una convinzione generalmente condivisa.

C'è una differenza evidente fra l'oggetto di decisioni collettive connesse alla condanna di comportamenti come i delitti e i *torts* e le decisioni riferite ad altre forme di comportamento, come quelle imposte ai proprietari di immobili nelle leggi summenzionate. Nel primo caso, le sentenze sono pronunciate dal gruppo contro un individuo o una minoranza che abbiano commesso una rapina entro il gruppo stesso. Nel secondo caso, si prendono decisioni che consistono semplicemente in una rapina contro altri, cioè contro persone appartenenti a una minoranza del gruppo. Nel primo caso tutti, compreso ogni membro della minoranza condannata per rapina, approverebbero la condanna in ogni altro caso tranne il proprio, mentre nel secondo avviene esattamente il contrario: la decisione – ad esempio, di rapinare una minoranza entro un gruppo – non sarebbe approvata dagli stessi membri della maggioranza vincente nel caso in cui essi stessi ne fossero le vittime.

Ma in entrambi i casi tutti i membri del gruppo interessato sentono, come abbiamo visto, che certe forme di comportamento sono condannabili. Ciò ci permette di dire che in realtà ci sono decisioni collettive che possono corrispondere a una "volontà comune" quando possiamo presumere che l'oggetto di quelle decisioni sarebbe approvato, in circostanze simili, da tutti i membri del gruppo, compresi i membri di minoranza che al momento ne sono vittime. D'altra parte, non possiamo considerare come corrispondenti alla "volontà comune" di un gruppo decisioni che in circostanze simili non sarebbero approvate da nessun membro del gruppo stesso, compresi quelli della maggioranza che ne sono al momento beneficiari.

Le decisioni collettive del secondo tipo dovrebbero essere eliminate dalla mappa che descrive l'area delle decisioni collettive convenienti o necessarie. Tutte le decisioni collettive del primo tipo dovrebbero essere lasciate nella mappa dopo una valutazione rigorosa del loro obiettivo. Naturalmente, non credo che l'eliminazione di tali decisioni collettive sarebbe un compito facile nella nostra epoca. Eliminare tutte le decisioni collettive prese da maggioranze del tipo di Lowell significherebbe porre fine una volta per tutte alla sorta di guerra giuridica che mette i gruppi l'uno contro l'altro a causa del continuo tentativo dei rispettivi membri di costringere, a proprio vantaggio, altri membri della comunità ad accettare azioni a questi ultimi dannose. Da questo punto di vista, si potrebbe applicare a una parte cospicua della legislazione contemporanea la definizione che Clausewitz dà della guerra: un mezzo per ottenere quei fini che non è più possibile ottenere con il negoziato tradizionale. È la prevalenza di questo concetto del diritto come strumento per scopi di parte, che suggerì, un secolo fa, la famosa definizione dello Stato di Bastiat: «L'État, la grande fiction à travers laquelle tout le monde s'efforce de vivre au dépens de tout le monde» (La grande finzione

attraverso la quale tutti cercano di vivere a spese di tutti). Dobbiamo ammettere che questa definizione rimane valida anche oggi.

Un concetto aggressivo di legislazione al servizio di interessi di parte ha sovvertito l'ideale di società politica come entità omogenea, anzi, come società. Le minoranze costrette ad accettare i risultati della legislazione, cui non avrebbero mai consentito ad altre condizioni, si sentono trattate ingiustamente e accettano la loro situazione solo per evitare il peggio, o la considerano un pretesto per ottenere a proprio favore altre leggi che a loro volta danneggiano ancora altre persone. Forse questo quadro non vale per gli Stati Uniti così pienamente come accade in diverse nazioni europee ove gli ideali socialisti hanno coperto tanti interessi particolari di maggioranze transitorie o durevoli in ogni paese. Ma mi basta riferirmi a leggi come il Norris-La Guardia Act per convincere il lettore che ciò che dico vale anche per questo paese. Qui, tuttavia, i privilegi giuridici a favore di gruppi particolari sono di solito pagati non da una minoranza, come succede in Europa, ma da tutti i cittadini come contribuenti.

Fortunatamente, per coloro che sperano che la riforma da me suggerita verrà prima o poi attuata, le decisioni collettive nella nostra società non sono tutte del tipo vessatorio che ho appena considerato, né tutte le maggioranze sono del tipo di Lowell.

Le decisioni collettive che appaiono sulle nostre attuali mappe politiche riguardano anche oggetti che si collocherebbero più appropriatamente sulla mappa delle decisioni individuali. Tali oggetti, per esempio, sono coperti dalla legislazione contemporanea nei casi in cui essa si limita a riassumere ciò che è comunemente ritenuto un diritto o un dovere dal popolo di un paese. Sospetto che molti di quelli che invocano leggi scritte contro i poteri arbitrari di individui, sia tiranni, sia funzionari statali, sia maggioranze

transitorie come quelle che prevalevano ad Atene nella seconda metà del quinto secolo a.C., pensano più o meno consapevolmente a leggi che riassumono di fatto le norme non scritte già adottate da tutti in una data società. In effetti, molte regole scritte potevano e possono ancora essere considerate come meri compendi di norme non scritte, almeno con riferimento al loro contenuto, se non all'intenzione dei legislatori. Un caso classico è il *Corpus Juris* di Giustiniano. Questo è vero nonostante il fatto che, secondo le intenzioni esplicite dell'imperatore (che, non dobbiamo dimenticare, apparteneva a un paese e a un popolo inclini a identificare la legge con la legge *scritta*), il complesso del *Corpus Juris* dovette essere adottato dai suoi sudditi come uno statuto decretato dallo stesso imperatore.

Ma il contenuto del *Corpus* mostrava chiaramente una stretta connessione fra l'ideale del *Corpus Juris* come legge scritta e la legge comune o non scritta effettivamente incarnata in esso. Infatti, la sua parte centrale e più duratura – le cosiddette *Pandectae* o *Digesta* – consisteva interamente di affermazioni degli antichi giuristi romani riferite alla legge non scritta. I loro lavori erano ora raccolti e selezionati da Giustiniano – che può essere considerato l'editore del più famoso *Reader's Digest* di tutti i tempi – per presentarle ai suoi sudditi come una formulazione particolare dei suoi ordini personali. Certo, secondo gli studiosi moderni, la compilazione, selezione e codifica di Giustiniano deve essere stata piuttosto ingannevole, almeno in molti casi in cui possono sorgere ragionevoli dubbi sull'autenticità dei testi compresi nel *Corpus*, e che si affermava appartenessero all'opera di antichi giuristi romani come Paolo e Ulpiano. Ma non c'è dubbio, fra gli studiosi, sull'autenticità della selezione nel suo complesso. In epoca recente, anche i tanti dubbi sull'autenticità della selezione in casi particolari sono stati abbandonati dalla maggior parte degli studiosi.

A sua volta, la selezione di Giustiniano fu l'oggetto di un

simile processo da parte dei giuristi continentali del medioevo e dell'epoca moderna, prima dell'attuale periodo di codici e costituzioni scritte. Per i giuristi continentali di quelle epoche, non era questione di "selezionare" alla maniera di Giustiniano, ma di "interpretare", cioè di estendere il significato dei testi giustinianeî ove fosse necessario dare espressione a nuove esigenze, facendo rimanere il complesso essenzialmente valido, fino ai tempi recenti, quanto lo sono le leggi nella maggior parte dei paesi continentali europei. Così, mentre l'antico imperatore aveva trasformato il diritto comune assicurato dai giuristi romani in un diritto scritto decretato formalmente da lui, i giuristi continentali medievali e moderni, prima della promulgazione dei codici attuali, trasformarono a loro volta il diritto decretato formalmente da Giustiniano in un nuovo diritto assicurato da giuristi, o *Juristenrecht*, come erano soliti chiamarlo i Tedeschi, che era in realtà una edizione rivodata del *Corpus* giustiniano e perciò del diritto romano.

Con sua grande sorpresa, un mio collega italiano scoprì qualche anno fa che il *Corpus* giustiniano era ancora valido alla lettera in alcuni paesi – per esempio, in Sud Africa. Una sua cliente, una signora residente in Italia che aveva delle proprietà in Sud Africa, lo aveva incaricato di transazioni che egli cominciò subito ad avviare. In seguito il suo corrispondente in Sud Africa gli chiese di mandargli una dichiarazione firmata dalla signora che attestasse la sua rinuncia ad avvalersi del privilegio conferito alle donne dal *Senatus Consultum Velleianum*. Si tratta di un provvedimento decretato dal Senato romano diciannove secoli fa per autorizzare le donne a ritornare sulla propria parola e in generale rifiutare di mantenere certi impegni verso altri. Quei saggi senatori romani erano consapevoli del fatto che le donne erano inclini a cambiare idea e perciò sarebbe stato ingiusto pretendere da loro la medesima coerenza di solito richiesta agli uomini. Il risultato del provvedimento

del Senato era stato, suppongo, leggermente diverso da quanto si aspettavano i senatori. La gente ebbe pochissimo desiderio di concludere accordi con donne dopo la promulgazione del *Senatus Consultum*. Infine si trovò un rimedio all'inconveniente, ammettendo che le donne potessero rinunciare al privilegio, prima di impegnarsi in alcuni contratti come la vendita di terre. Il mio collega mandò in Sud Africa la rinuncia, firmata dalla signora, al diritto ad invocare il *Senatus Consultum Velleianum*, e la vendita si svolse con la procedura dovuta.

Quando mi fu raccontata questa storia, meditai con divertimento sul fatto che ci sono persone le quali pensano che tutto ciò di cui abbiamo bisogno per essere felici siano nuove leggi. Al contrario, abbiamo prove storiche notevoli che avvalorano la tesi che anche la legislazione, in molti casi, dopo secoli e generazioni, ha rispecchiato molto più un processo spontaneo di formazione del diritto piuttosto che la volontà arbitraria di una decisione di maggioranza di un gruppo di legislatori.

La parola tedesca *Rechtsfindung*, cioè l'operazione di trovare il diritto, sembra rendere bene l'idea centrale dello *Juristenrecht* e del complesso della attività del giurista dell'Europa continentale. Il diritto era concepito non come qualcosa di *decretato*, ma come qualcosa di *esistente*, che era necessario trovare, *scoprire*. Questa operazione non si doveva svolgere direttamente, valutando il significato degli impegni e dei sentimenti umani riferiti a diritti e doveri, ma, prima di tutto – almeno in apparenza – valutando il significato di un testo scritto vecchio di duemila anni, come la compilazione di Giustiniano.

Questa idea è interessante, dal nostro punto di vista, perché ci offre una prova del fatto che *la legge scritta in se stessa non è sempre necessariamente legislazione*, cioè *legge decretata*. Il *Corpus Juris* giustiniano nell'Europa continentale non fu più legislazione, almeno nel senso tecnico

della parola, cioè diritto decretato dall'autorità legislativa. Questo, per inciso, può compiacere quelle persone che si attaccano all'idea della certezza del diritto nel senso di una formula espressa con precisione, senza sacrificare l'ideale della certezza del diritto intesa come possibilità di fare progetti a lungo termine.

I codici dell'Europa continentale offrono un altro esempio di un fenomeno di cui pochi sono oggi consapevoli, e cioè della stretta connessione fra l'ideale di una legge formalmente promulgata e l'ideale di un diritto il cui contenuto è veramente indipendente dalla legislazione. Questi codici possono essere considerati, a loro volta, come compendi del *Corpus Juris* giustiniano, e delle interpretazioni che la compilazione di Giustiniano aveva subito da parte dei giuristi europei per diversi secoli durante il medioevo e nell'epoca moderna prima delle codificazioni.

Potremmo, in qualche misura, paragonare i codici dell'Europa continentale alle pronunce ufficiali che le autorità, per esempio i *municipia* italici in epoca romana, emanavano per certificare la purezza e il peso dei metalli usati dai privati per fare monete, mentre la legislazione del nostro tempo può essere paragonata, di regola, all'interferenza di tutti i governi contemporanei nella determinazione del valore delle loro banconote inconvertibili a corso legale. Per inciso, la moneta a corso legale è essa stessa un impressionante esempio di legislazione nel senso contemporaneo, cioè di una decisione collettiva il cui risultato è che alcuni membri del gruppo sono sacrificati a vantaggio di altri, mentre ciò non potrebbe accadere se essi potessero scegliere liberamente quale valuta accettare e quale rifiutare.

I codici dell'Europa continentale, come il Code Napoléon o il Codice austriaco del 1811, o il Codice tedesco del 1900, erano il risultato di diverse critiche cui la compilazione giustiniana, già trasformata in *Juristenrecht*, era stata sottoposta. Un desiderio di certezza del diritto, nel senso di

precisione verbale, fu una delle ragioni principali che suggerì la codificazione. Le *Pandectae* sembravano piuttosto un lasco sistema di norme, molte delle quali potevano essere considerate casi particolari di una regola più generale che i giuristi romani non si erano mai curati di formulare. In realtà, essi si erano deliberatamente astenuti da tali formulazioni, per evitare di diventare prigionieri delle loro stesse norme, qualora avessero avuto da affrontare casi privi di precedenti. In effetti, c'era una contraddizione nella compilazione di Giustiniano. L'imperatore aveva tentato di trasformare in un sistema *chiuso* e pianificato quello che i giuristi romani avevano sempre considerato come un sistema *aperto* e spontaneo, ma cercò di farlo facendo uso dell'opera di questi stessi giuristi. Perciò, il sistema giustiniano si mostrò troppo aperto per essere un sistema chiuso, mentre lo *Juristenrecht*, a sua volta, funzionando nel suo caratteristico modo frammentario, aveva aumentato, piuttosto che ridotto, la contraddizione originaria del sistema giustiniano.

La codificazione rappresentò un passo considerevole nella direzione dell'idea di Giustiniano che il diritto è un sistema chiuso, che deve essere pianificato da esperti sotto la direzione di autorità politiche, ma implicò anche che la pianificazione dovrebbe riferirsi più alla forma del diritto che al suo contenuto.

Perciò, un eminente studioso germanico, Eugen Ehrlich, scrisse che «la riforma del diritto nel codice tedesco del 1900 e nei precedenti codici continentali fu più apparente che reale».¹ Lo *Juristenrecht* passò quasi intatto nei nuovi codici, sebbene in una forma piuttosto condensata, la cui interpretazione implicava ancora una conoscenza sostanziale della precedente letteratura giuridica del continente.

Sfortunatamente, dopo un certo tempo, l'ideale, da poco adottato, di dare una forma legislativa a un contenuto non legislativo si dimostrò contraddittorio. Il diritto non

legislativo è sempre mutevole, sebbene lentamente e in modo piuttosto clandestino. Non può essere trasformato in un sistema chiuso più del linguaggio ordinario, malgrado i tentativi fatti da molti studiosi – come l'esperanto e altre lingue artificiali. Ma il rimedio adottato per questo inconveniente si mostrò inadeguato. Per modificare i codici, si dovevano promulgare nuove leggi scritte, e, gradualmente, l'originario sistema chiuso dei codici fu circondato e sovraccaricato da una gran quantità di altre norme scritte, la cui accumulazione è uno dei caratteri più impressionanti degli attuali ordinamenti giuridici europei. Non-dimeno, i codici sono ancora considerati, nei paesi europei, il nucleo del diritto, e nella misura in cui il loro contenuto originario è stato conservato, possiamo riconoscere in essi la connessione fra l'ideale di un diritto formalmente decretato e un contenuto risalente al diritto non scritto, realizzato per primo dalla compilazione di Giustiniano.

Se consideriamo, d'altra parte, che cosa è accaduto in tempi relativamente recenti nei paesi di lingua inglese, possiamo trovare facilmente esempi del medesimo processo. Diverse leggi del parlamento sono più o meno dei compendi delle *rationes decidendi* elaborate dalle corti di giustizia in un lungo processo che si estende per tutta la storia della *common law*.

Chi conosce la storia della *common law* inglese sarà d'accordo nel ricordare, ad esempio, che l'Infant Relief Act del 1874 non fece nient'altro che rafforzare la regola di *common law* che i contratti dei minori sono annullabili a scelta dei minori stessi. Per fare un altro esempio, il Sale of Goods Act del 1893 codificò la norma di *common law* secondo cui, quando le merci sono vendute all'incanto, la proposta più alta costituisce l'offerta, in assenza di una espressione di intenzione contraria, e il colpo di martello costituisce l'accettazione. A loro volta, diverse altre leggi, come lo Statute of Frauds del 1677 o il Law of Property

Act del 1925, codificarono altre norme di *common law* – come quella secondo cui certi contratti non sono efficaci se non provati per iscritto – e il Companies Act del 1946, che obbligava i promotori di società a esporre certi contenuti specifici nei loro prospetti, costituiva semplicemente una applicazione a un caso particolare di alcune norme sancite dai tribunali sulla errata interpretazione dei contratti. Sarebbe superfluo citare altri esempi.

Infine, come faceva rilevare Dicey, molte costituzioni e carte dei diritti moderne possono essere considerate, a loro volta, non come creazioni *ex nihilo* da parte di moderni Soloni, ma come compendi più o meno diligenti di un complesso di *rationes decidendi* che le corti di giustizia inglesi avevano scoperto e applicato passo passo in decisioni su fattispecie concrete.

Il fatto che i codici e le costituzioni scritte – sebbene si presentassero, nel diciannovesimo secolo, come diritto decretato – riflettessero un processo di formazione del diritto basato essenzialmente su spontanei comportamenti individuali vecchi di secoli, poteva e può ancora indurre i pensatori liberali a considerare la legge scritta un mezzo indispensabile per la conservazione della libertà individuale.

In realtà, le norme incorporate nei codici e nelle costituzioni scritte potevano apparire la migliore espressione dei principî liberali in quanto riflettevano un lungo processo storico il cui risultato non fu, nella sua essenza, un diritto creato da legislatori, ma da giudici e da giuristi. Come dire, un “diritto fatto da tutti”, della specie che il vecchio Catone il Censore aveva esaltato come la principale causa della grandezza di Roma.

Il fatto che norme decretate, sebbene generalmente formulate, precise, teoricamente imparziali e anche, in qualche misura, “certe”, potessero avere un contenuto del tutto *incompatibile* con la libertà individuale fu trascurato dai fautori continentali di codici e specialmente di costituzioni

scritte. Essi erano convinti che il *Rechtsstaat* – o l'*État de droit* – corrispondesse perfettamente alla *rule of law* inglese e fosse anche preferibile per la sua formulazione più chiara, più completa e più certa. Quando esso si corruppe, questa convinzione si rivelò presto illusoria.

Oggi, molti partiti sovversivi hanno trovato facile, mentre tentavano di cambiare totalmente il contenuto dei codici e delle costituzioni, fingere di rispettare ancora la classica idea del *Rechtsstaat*, col suo interesse per la “generalità”, l’“uguaglianza” e la “certezza” delle norme scritte approvate dai deputati “rappresentanti” del “popolo”, secondo la regola di maggioranza. L’idea del diciannovesimo secolo che lo *Juristenrecht* continentale fosse stato restaurato con successo e riscritto anche più chiaramente nei codici – e che, inoltre, i principî sottintesi nella costituzione inglese fatta dai giudici fossero stati trasferiti efficacemente nelle costituzioni scritte emanate dai corpi legislativi – preparò la strada per un concetto di *Rechtsstaat* nuovo e depotenziato: uno Stato di diritto in cui tutte le norme devono essere emanate dal potere legislativo. Il fatto che nei codici e nelle costituzioni originari il potere legislativo si limitasse a compendiare un diritto che non aveva decretato fu gradualmente dimenticato o considerato di poco conto a paragone del fatto che sia i codici sia le costituzioni erano state emanate da corpi legislativi, i cui membri erano i “rappresentanti” del popolo.

Ci fu un altro fatto, anch’esso messo in luce da Ehrlich, concomitante a questo. Lo *Juristenrecht* introdotto nei codici era stato condensato, ma in una forma che i giuristi contemporanei sapevano comprendere facilmente in riferimento a uno sfondo giudiziario con cui erano perfettamente familiari prima della promulgazione dei codici.² Tuttavia, i giuristi della seconda generazione non furono più in grado di fare questo. Essi si abituarono a riferirsi molto più al codice stesso, piuttosto che al suo *background*.

L'aridità e la povertà furono, secondo Ehrlich, le caratteristiche dei commentari della seconda e delle seguenti generazioni di giuristi continentali – prova del fatto che l'attività dei giuristi non può rimanere ad alto livello se basata solo su una legge scritta senza il *background* di una lunga tradizione.

La conseguenza più importante della nuova tendenza fu che i popoli del continente e, in certa misura, anche dei paesi di lingua inglese, si abituarono sempre più a concepire la totalità del diritto come diritto *scritto*, cioè come una serie di decreti emanati dai corpi legislativi secondo la regola di maggioranza.

Perciò, il diritto nella sua totalità cominciò ad essere concepito come esito di decisioni collettive invece che di scelte individuali, e alcuni teorici – come Hans Kelsen – arrivarono a negare che fosse possibile parlare di comportamento giuridico o politico in assenza di regole coercitive per mezzo delle quali un comportamento può essere qualificato come “legittimo” o no.

Un'altra conseguenza di questo concetto rivoluzionario di diritto fu che il processo di formazione del diritto non fu più visto come connesso in primo luogo con una attività teorica da parte di esperti – giudici o legali – ma piuttosto con la semplice volontà di maggioranze vincenti entro i corpi legislativi. Il principio della “rappresentanza” sembrò garantire a sua volta una pretesa connessione fra quelle maggioranze vincenti e ogni individuo concepito come membro dell'elettorato. Perciò, la partecipazione degli individui al processo di formazione del diritto smise di essere effettiva e divenne sempre più una cerimonia vuota celebrata periodicamente nelle elezioni generali di un paese.

Il processo spontaneo di formazione del diritto prima della promulgazione dei codici e delle costituzioni del diciannovesimo secolo non fu affatto unico se considerato in relazione con altri processi spontanei come quello del

linguaggio ordinario o delle transazioni economiche quotidiane o del mutare della moda. Un aspetto caratteristico di tutti questi processi è che si svolgono con la collaborazione volontaria di un enorme numero di individui, ciascuno dei quali ha una parte nel processo stesso secondo la sua volontà e la sua capacità di conservare o anche modificare le attuali condizioni degli affari economici, della lingua, della moda, etc. Non ci sono decisioni collettive in questo processo, che costringano chiunque ad adottare una parola nuova invece di una vecchia, o ad indossare un nuovo abito invece di uno passato di moda, o a preferire il cinema al teatro.

Certo, la nostra epoca offre lo spettacolo di enormi gruppi di pressione la cui propaganda è finalizzata a indurre la gente ad impegnarsi in nuove transazioni economiche, ad adottare nuove mode, o anche nuove parole e lingue come l'esperanto e il volapuk. Non possiamo negare che questi gruppi possono avere un grande ruolo nel modificare le scelte individuali, ma questo non avviene mai con la costrizione. Confondere la pressione o la propaganda con la costrizione sarebbe un errore simile a quello che abbiamo osservato nell'analisi di certe altre confusioni del significato di "costrizione". Alcune forme di pressione possono essere associate o anche identificate con la costrizione. Ma queste sono sempre connesse con la costrizione nel senso proprio del termine, come avviene, per esempio, quando agli abitanti di un paese è vietato di importare giornali e riviste straniere, o di ascoltare trasmissioni estere, o addirittura di espatriare. In tali casi la propaganda e la pressione in quel paese sono molto simili a forme di costrizione in senso proprio. La gente non può ascoltare la propaganda che preferisce, non può selezionare l'informazione, e talvolta non può neppure evitare di ascoltare le trasmissioni o di leggere i giornali editi sotto la direzione dei governanti.

Una simile situazione si sviluppa in campo economico quando si istituiscono monopoli con l'ausilio della legislazione – cioè di decisioni collettive e di coazione – il cui scopo è, ad esempio, ostacolare o limitare l'importazione di merci prodotte da concorrenti potenziali di paesi esteri. Anche qui gli individui sono in qualche modo coerciti, ma la causa di questa coercizione non è rintracciabile in qualche azione o comportamento di singoli individui nel processo di collaborazione spontanea che ho già descritto.

Casi particolari, come quello della propaganda subliminale o della pubblicità tramite raggi infrarossi che agiscono sui nostri occhi e dunque sui nostri cervelli, o la propaganda ossessiva che non si può evitare di vedere e di ascoltare, possono essere considerati contrari alle regole ormai comunemente accettate in ogni paese civile per proteggere ciascuno dalla costrizione di altri. Perciò, questi casi possono essere giustamente ritenuti esempi di costrizione evitabile con l'applicazione di regole già esistenti a protezione della libertà individuale.

Orbene, la legislazione si rivela uno strumento molto meno ovvio e consueto di quanto sembrerebbe se non facessimo attenzione a ciò che accade in altri ambiti importanti del comportamento umano. Mi spingerei a dire che la legislazione, specialmente se applicata alle innumerevoli scelte che gli individui operano nella vita quotidiana, appare qualcosa di assolutamente eccezionale e anche incompatibile con quel che accade in altri campi. Il contrasto più impressionante fra la legislazione e le altre attività umane emerge se la paragoniamo alle procedure della scienza. Direi addirittura che questo è uno dei massimi paradossi della civiltà contemporanea: essa ha sviluppato i metodi scientifici a un livello stupefacente, mentre allo stesso tempo estende, incrementa e favorisce procedure antitetiche come i gruppi di decisione e la regola di maggioranza.

Non si è mai raggiunto un risultato veramente scientifico

con le decisioni di gruppo e la regola di maggioranza. Tutta la storia della scienza moderna prova che nessuna maggioranza, nessun tiranno e nessuna costrizione possono prevalere, a lungo termine, contro gli individui, qualora essi riescano a dimostrare in qualche modo che le loro teorie scientifiche funzionano meglio di altre, e che, con il loro modo di vedere, risolvono problemi e difficoltà meglio degli altri, a prescindere dal numero, dalla autorità e dal potere di questi ultimi. In effetti, la storia della scienza moderna, considerata da questo punto di vista, è la prova più convincente del fallimento dei gruppi di decisione e delle decisioni di gruppo basate su procedure coercitive, e, in generale, del fallimento della costrizione come presunto mezzo di promozione del progresso scientifico. Il processo di Galileo all'alba della nostra era scientifica è in questo senso un simbolo di tutta la sua storia, perché molti processi in realtà hanno avuto luogo in vari paesi da allora fino ai nostri giorni, in cui ci sono stati tentativi per costringere singoli scienziati ad abbandonare le loro tesi. Ma nessuna tesi scientifica è mai stata stabilita o confutata, alla fine, come risultato di una costrizione esercitata da tiranni bigotti e maggioranze ignoranti.

Al contrario, la ricerca scientifica è l'esempio più chiaro di un processo spontaneo comportante la cooperazione di innumerevoli individui, ciascuno dei quali ha una parte in essa secondo la sua disposizione e le sue capacità. L'esito complessivo di questa collaborazione non è mai stato anticipato o pianificato da individui o gruppi particolari. Nessuno potrebbe mai fare una affermazione sul risultato di tale collaborazione senza valutarlo attentamente ogni anno, anzi ogni mese e ogni giorno per tutta la storia della scienza.

Che cosa sarebbe successo nei paesi occidentali se il processo scientifico fosse stato imprigionato in decisioni collettive e nella regola di maggioranza basata su principi come quello della "rappresentanza" degli scienziati concepiti

come membri di un elettorato, per non parlare di una “rappresentanza” del popolo in generale? Platone descrisse una simile situazione nel suo dialogo *Politikos*, quando oppose la cosiddetta scienza del governo e le scienze in generale alle norme scritte decretate dalla maggioranza nelle antiche democrazie greche. Uno dei personaggi del dialogo propone che le regole della medicina, della navigazione, della matematica, dell'agricoltura e di tutte le altre scienze e tecniche note ai suoi tempi siano fissate da norme scritte (*synggrammata*) decretate da corpi legislativi. È chiaro – così concludono gli altri personaggi – che in tal caso tutte le scienze e le tecniche scomparirebbero senza speranza di resurrezione, essendo vietate da una legge che impedirebbe ogni ricerca, e la vita, aggiungono con tristezza, che è già tanto dura, diventerebbe impossibile.

Malgrado ciò, la conclusione del dialogo platonico è alquanto diversa. Sebbene non possiamo accettare uno stato di cose come questo in campo scientifico, dobbiamo farlo nell'ambito del nostro diritto e delle nostre istituzioni. Nessuno sarebbe così intelligente e onesto da governare i suoi concittadini in mancanza di leggi fisse senza causare molti più inconvenienti di un sistema di legislazione rigida.

Questa conclusione inaspettata è simile a quella degli autori dei codici e delle costituzioni scritte del diciannovesimo secolo. Sia Platone che questi teorici contrapponevano le leggi scritte con le azioni arbitrarie di un governante e sostenevano che le prime fossero preferibili alle seconde, perché nessun singolo governante può avere saggezza sufficiente ad assicurare il benessere comune del paese.

Non faccio obiezioni a questa conclusione, *purché se ne accetti la premessa*, e cioè che gli ordini arbitrari di un tiranno sono la sola alternativa alle norme scritte.

Ma la storia ci offre abbondanti prove per sostenere che questa alternativa non è né l'unica, né la più significativa, agli occhi di chi attribuisce valore alla libertà individuale.

Sarebbe molto più coerente con l'evidenza storica indicare un'altra alternativa – per esempio, quella fra regole arbitrarie formulate da individui o gruppi particolari, e la partecipazione spontanea di tutti i cittadini al processo di formazione del diritto.

Se consideriamo l'alternativa in questa luce, non c'è dubbio sulla scelta a favore della libertà individuale, concepita come la condizione di ogni uomo che fa la sua scelta senza essere costretto da nessuno a fare qualcosa che gli sia imposto senza che egli lo voglia.

A nessuno piacciono gli ordini arbitrari da parte di re, funzionari statali, dittatori e così via. Ma la legislazione non è l'alternativa appropriata all'arbitrio, perché l'arbitrio può essere ed è effettivamente esercitato, in molti casi, con l'aiuto di regole scritte che la gente deve sopportare, poiché nessuno, eccetto un manipolo di legislatori, partecipa al loro processo di formazione.

Lo stesso Hayek, uno dei più eminenti fautori delle norme scritte, generali e certe come mezzo per impedire l'arbitrio, è ben consapevole che la *rule of law* «non è sufficiente a conseguire lo scopo» di salvaguardare la libertà individuale, e ammette che «non è una condizione sufficiente di libertà individuale, perché lascia ancora aperto un enorme campo di azione possibile per lo Stato».³

Anche per questa ragione, i liberi mercati e il libero scambio, come sistemi il più possibile liberi da legislazione, devono essere considerati non solo il mezzo più efficiente di realizzare scelte libere di beni e servizi da parte degli individui, *ma anche un modello per ogni ordinamento nel quale il fine è permettere scelte individuali libere, comprese quelle connesse al diritto e alle istituzioni giuridiche.*

Naturalmente, gli ordinamenti basati sulla partecipazione spontanea di tutti e ciascun individuo non sono una panacea. Esistono minoranze nel mercato come in altri campi, e la loro partecipazione al processo non è sempre

soddisfacente, almeno finché i loro membri non sono abbastanza numerosi da indurre i produttori a soddisfare le loro domande. Se voglio acquistare un libro o un disco raro in una piccola città, dopo qualche tentativo devo rinunciarci, perché nessun libraio o venditore di dischi è in grado di soddisfare la mia richiesta. Ma questo non è affatto un difetto che un sistema coercitivo potrebbe eliminare, a meno che non pensiamo a quegli ordinamenti utopici espressi da riformatori e sognatori socialisti nel motto: «A ciascuno secondo i suoi bisogni.»

Il paese di Utopia non è ancora stato scoperto. Perciò, sarebbe inutile criticare un ordinamento paragonandolo a sistemi inesistenti che, forse, sarebbero privi dei suoi difetti.

In sintesi: la libertà individuale non può essere compatibile con la “volontà comune” ove quest’ultima sia solo una impostura per celare l’esercizio di coazione sulle minoranze del tipo di Lowell che, a loro volta, non accetterebbero mai la situazione se fossero libere di rifiutarla.

Ma la libertà individuale è compatibile con la volontà comune ogni volta che il suo oggetto è compatibile con il principio «Non fare ad altri ciò che non vorresti fosse fatto a te». In questo caso, le decisioni collettive sono compatibili con la libertà individuale nella misura in cui puniscono e spesso pongono rimedio a tipi di comportamento che tutti i membri del gruppo, compresi quelli che esibiscono tale comportamento, disapproverebbero se ne fossero vittime.

Inoltre, la libertà individuale può essere coerente con i gruppi di decisione e le decisioni di gruppo nel caso in cui rispecchino l’esito di una partecipazione spontanea di tutti i membri alla formazione di una volontà comune, per esempio in un processo di formazione del diritto indipendente dalla legislazione. Ma la compatibilità fra libertà individuale e legislazione è precaria per la contraddizione fra l’ideale di una formazione spontanea di una volontà

comune e quella di una statuizione di quest'ultima per mezzo di una procedura coercitiva, come di solito accade nella legislazione.

Infine, la libertà individuale è perfettamente compatibile con tutti quei processi il cui esito è la formazione di una volontà comune senza ricorrere a gruppi di decisione e decisioni di gruppo. Il linguaggio ordinario, le transazioni economiche quotidiane, i costumi, le mode, i processi spontanei di formazione del diritto, e, soprattutto, la ricerca scientifica sono gli esempi più comuni e più convincenti di questa compatibilità – anzi, di questa intima connessione – fra la libertà individuale e la formazione spontanea di una volontà comune.

Rispetto a questo modo spontaneo di determinare la volontà comune, la legislazione sembra un mezzo meno efficiente. E ciò diviene palese quando prendiamo in considerazione l'imponente ambito in cui la volontà comune si è determinata spontaneamente nei paesi occidentali del passato e del presente.

La storia prova che la legislazione non costituisce un'appropriata alternativa all'arbitrio, ma che spesso concentra gli ordini vessatori dei tiranni o di maggioranze arroganti contro tutti i processi spontanei di formazione di una volontà comune nel senso che ho descritto.

Dal punto di vista dei fautori della libertà individuale non si tratta di essere sospettosi solo dei funzionari e dei governanti, ma anche dei legislatori. In questo senso, non possiamo accettare la famosa definizione di Montesquieu della libertà come «il diritto di fare tutto quello che le leggi permettono di fare». Come notò, a tale proposito, Benjamin Constant: «Non c'è dubbio che manchi la libertà quando la gente non può fare tutto quello che le leggi le permettono di fare; ma le leggi potrebbero proibire tante cose, da eliminare del tutto la libertà.»⁴

VIII

Analisi di alcune difficoltà

Consideriamo le obiezioni che si potrebbero sollevare contro un ordinamento in cui le decisioni collettive e i gruppi di decisione avessero un ruolo molto meno importante di quello comunemente ritenuto necessario in politica.

Non c'è dubbio che gli attuali governi, i legislatori e un'enorme percentuale di persone istruite e di gente in generale si siano gradualmente abituati, negli ultimi cento anni, a considerare l'interferenza delle autorità nelle attività private molto più utile di quanto la si ritenesse nella prima metà del diciannovesimo secolo.

Se oggi qualcuno osa suggerire che grandi governi e corpi legislativi paternalistici dovrebbero cedere il passo all'iniziativa privata, la critica consueta è «non possiamo mettere indietro l'orologio», i tempi del *laissez faire* sono passati per sempre, e così via.

Dobbiamo distinguere attentamente fra ciò che la gente crede di essere in grado di fare, e ciò che sarebbe possibile fare per restaurare il massimo spazio di scelta libera individuale. Naturalmente, in politica come in molte altre aree, se cerchiamo di realizzare i nostri fini in accordo con i principi liberali, non si può fare nulla senza il consenso dei nostri concittadini, e questo consenso dipende, a sua volta, da ciò a cui crede la gente. Ma è chiaro che è importante valutare, ove possibile, se la gente ha ragione o torto a sostenere una qualsiasi opinione. L'opinione pubblica non è tutto, neppure in una società liberale, per quanto sia senza dubbio una cosa molto importante, soprattutto in una società liberale.

Mi ricordo di quello che scrisse anni fa un mio concittadino: «Uno stupido è uno stupido, due stupidi sono due stupidi, cinquecento stupidi sono cinquecento stupidi, ma cinquemila, per non dire cinque milioni di stupidi sono una grande forza storica.» Non nego la verità di questa tesi cinica, ma una forza storica può essere contenuta o modificata e ciò è più probabile se i fatti confutano quello in cui la gente crede. Quello che diceva un tempo Hippolyte Taine, che dieci milioni di casi di ignoranza non fanno conoscenza, vale per ogni tipo di ignoranza, compresa quella delle persone appartenenti alle società politiche contemporanee, con tutti i loro annessi di procedure democratiche, regole di maggioranza, corpi legislativi e governi onnipotenti.

Il fatto che la gente in generale consideri ancora l'intervento governativo conveniente o veramente necessario, anche nei casi in cui molti economisti lo riterrebbero inutile o pericoloso, non è un ostacolo insuperabile per i fautori di una nuova società. Né c'è nulla di sbagliato, se questa nuova società somiglia in definitiva a molte società più antiche che hanno avuto successo.

Certo, le dottrine socialiste, con la condanna più o meno aperta, da parte di governi e legislatori, della libertà individuale dalla costrizione, si stanno ancora mostrando alle masse contemporanee più gradite del freddo ragionare degli economisti. La causa della libertà, a queste condizioni, sembra disperata in molti paesi del mondo.

Tuttavia, è dubbio se le masse siano veramente le protagoniste del drammatico orientamento del pensiero contemporaneo sulla libertà individuale. Se devo prender partito fra i sostenitori dell'ideale liberale del nostro tempo, preferisco schierarmi con Mises piuttosto che con i pessimisti:

Il principale errore ispirato dal pessimismo diffuso è la convinzione che le idee e le politiche distruttive della nostra epoca abbiano origine dai proletari e siano una "rivolta delle masse". In realtà le masse seguono i leader, proprio perché non sono creative

e non sviluppano proprie filosofie. Le ideologie che produssero tutti i danni e le catastrofi del nostro secolo non sono opera della plebaglia. Esse sono imprese di pseudo-studiosi e pseudo-intellettuali. Furono propagate dalle cattedre universitarie e dai pulpiti; furono disseminate dalla stampa, dai romanzi, dalle commedie, dal cinema e dalla radio. Gli intellettuali sono responsabili della conversione delle masse al socialismo e all'interventismo. Per invertire la corrente, occorre cambiare la mentalità degli intellettuali. Allora le masse faranno altrettanto.¹

Non mi spingerei a dire, come sembra fare Mises, che far cambiare mentalità ai cosiddetti intellettuali sia un compito facile. Mises ha fatto rilevare, in *The Anti-Capitalistic Mentality*, che ciò che spinge molti dei cosiddetti intellettuali a schierarsi fra i nemici della libertà individuale e della libera intrapresa sono non solo, o non principalmente, argomentazioni sbagliate o informazione insufficiente sul tema, ma atteggiamenti emotivi, come l'invidia per gli uomini d'affari di successo o senso di inferiorità nei loro confronti. Se è così, il freddo ragionamento e una migliore informazione si riveleranno tanto inutili nel convincere gli intellettuali quanto lo sarebbero nel convertire direttamente la "gente ottusa e spiritualmente inerte", che fa parte delle masse che affollano la scena politica.

Fortunatamente, non tutti gli uomini poco istruiti sono tanto "ottusi" da essere incapaci di capire o di ragionare correttamente da soli, particolarmente quando ciò si collega all'esperienza della loro vita quotidiana. In molti casi evidenti la loro esperienza non conferma le teorie proposte dai nemici della libertà individuale. In molti altri casi, le interpretazioni socialiste hanno così poca forza persuasiva come altri argomenti sofisticati capaci di sedurre più i cosiddetti intellettuali che la gente non istruita, la quale giudica solo in base al buon senso. La tendenza della propaganda socialista dei nostri tempi sembra confermare questo fatto. La bizzarra e complessa teoria del cosiddetto

“plusvalore” non viene più esposta al pubblico dagli agenti contemporanei del socialismo marxiano, nonostante Marx attribuisse proprio a questa teoria il compito di sostenere tutti i suoi attacchi contro il presunto sfruttamento dei lavoratori da parte dei datori di lavoro capitalisti.

Intanto, la filosofia marxiana è ancora raccomandata agli intellettuali come una aggiornata interpretazione del mondo. Oggi sembra essere messo assai più in evidenza il presunto contenuto filosofico, piuttosto che quello politico, delle opere di un rappresentante del comunismo come Lenin.

D'altra parte, molte dottrine economiche sulla convenienza della libertà individuale per tutti i popoli, compresi quelli socialisti, sono sviluppi così semplici di assunzioni di *common-sense* in campi particolari, che la loro correttezza non può sfuggire al buon senso della gente comune, a prescindere dagli insegnamenti dei demagoghi e dalla propaganda socialista.

Tutte queste circostanze incoraggiano la speranza che la gente possa venir persuasa, un giorno o l'altro, ad adottare principî liberali in molti ambiti e in un modo più coerente di quanto non faccia oggi.

Una questione diversa è quella di stabilire se i principî liberali si basano sempre su un ragionamento persuasivo dei rappresentanti di quella scienza particolare detta economia, e dei rappresentanti della più antica disciplina detta scienza politica.

Questo è un problema importante, dalla cui soluzione può ben dipendere la possibilità di parlare di un sistema di libertà individuale in politica e in economia.

Accantoniamo il problema delle relazioni fra la scienza, da una parte, e gli ideali politici ed economici, dall'altra. La scienza non deve essere confusa con l'ideologia, sebbene quest'ultima possa consistere in un complesso di scelte riferite a possibili ordinamenti politici ed economici, frutto

della scienza politica ed economica concepite come attività “neutrali” o “avalutative”, secondo la teoria weberiana delle scienze sociali. Penso che la distinzione di Weber fra attività “avalutative” e ideologie come complessi di giudizi di valore sia ancora valida, ma non occorre discutere per esteso questo argomento specifico.

Mi sembra molto più difficile la questione metodologica della forza del ragionamento economico e politico se paragonato ad altri tipi di ragionamento, come ad esempio quelli della matematica o delle scienze naturali.

Sono convinto che la ragione principale per la quale le questioni politiche ed economiche sono così spesso causa di disaccordo sia la mancanza, da parte delle teorie corrispondenti, di quella razionalità che è propria ad altri campi della scienza. Non sono d'accordo con Hobbes nel pensare che l'aritmetica sarebbe del tutto diversa da quella che è se solo fosse utile, per qualche influente gruppo di potere, che due più due facesse cinque e non quattro. Al contrario, credo che sia importante per qualunque autorità non tentare di trasformare l'aritmetica in quel curioso genere di scienza che diventerebbe secondo l'ipotesi di Hobbes. D'altra parte, qualche potere può davvero trovare profitto a sostenere l'una o l'altra presunta tesi scientifica, qualora – ma solo in questo caso – non ci sia certezza sull'esito finale dello stesso processo scientifico.

A questo proposito, sarebbe auspicabile una riformulazione di ciò che chiamiamo dimostrazione scientifica. Forse la situazione complessiva delle scienze sociali migliorerebbe molto con una analisi ampia e appassionata in questo campo, ma nel frattempo le cose sono come sono. Diverse limitazioni inficiano tanto le teorie economiche che quelle politiche, anche se le consideriamo come inferenze empiriche o aprioristiche.

Le questioni metodologiche sono importanti perché con esse gli economisti hanno la possibilità di raggiungere

conclusioni inequivoche e indurre altri ad accettarle come premesse per le loro scelte, non solo rispetto ai loro affari privati, ma anche rispetto agli ordinamenti politici ed economici adottati dalla comunità.

L'economia come scienza empirica, sfortunatamente, non ha ancora conseguito la capacità di offrire conclusioni indubitabili, e i frequenti tentativi, da parte di economisti del nostro tempo, di fare la parte di fisici, sono forse molto più dannosi che utili per indurre la gente a scegliere secondo i risultati di quella scienza.²

Di particolare interesse è una recente ricerca metodologica sull'economia, condotta da Friedman nei suoi brillanti *Essays in Positive Economics*.

Sono d'accordo con Milton Friedman quando sostiene che «il fatto che all'economia manchi la prova diretta e drammatica dell'*experimentum crucis* impedisce l'adeguata verifica delle ipotesi», e questo pone una considerevole «difficoltà... nel conseguire un *consenso* ragionevolmente sollecito e ampio sulle conclusioni giustificate dalle prove disponibili».

Friedman osserva, a questo proposito, che ciò «rende lenta e difficile l'esclusione delle ipotesi insoddisfacenti» così che «esse sono di rado sconfitte una volta per tutte, e riaffiorano sempre». Egli cita, come esempio molto convincente, «la prova tratta dai processi inflazionistici nell'ipotesi che un incremento sostanziale della quantità di moneta in un periodo relativamente breve sia accompagnato da un incremento sostanziale nei prezzi».

Qui, come osserva Friedman,

la prova è di evidenza teatrale, e il ragionamento necessario per conseguirla è relativamente breve. Tuttavia, nonostante numerosi esempi di sostanziali aumenti dei prezzi, in corrispondenza con aumenti sostanziali nella quantità di moneta e con l'ampia varietà di altre circostanze di rilievo, ogni nuova esperienza di inflazione provoca, non solo fra i profani, vigorose dispute. C'è infatti chi

ritiene che l'incremento della quantità di moneta sia o un effetto accidentale dell'aumento dei prezzi prodotto da altri fattori, o un evento del tutto fortuito e non necessario, concomitante con l'aumento dei prezzi.³

In linea di principio, anch'io sono d'accordo con Friedman in questa analisi del ruolo dell'evidenza empirica nel lavoro teorico dell'economia e delle scienze sociali in generale, e cioè che le assunzioni empiriche non possono essere provate in base alla loro presunta descrizione della realtà, ma sulla base del loro successo nel render possibili predizioni sufficientemente esatte.

Ma non sono d'accordo con l'assimilazione, proposta da Friedman, delle ipotesi della teoria fisica con quelle dell'economia, poiché trascura alcune differenze rilevanti.

Friedman assume come esempio del primo tipo l'ipotesi che l'accelerazione di un corpo che cade nel vuoto è costante e indipendente dalla forma del corpo, dal modo in cui è stato fatto cadere, e così via. Tutto ciò è espresso dalla nota formula: $S = gt^2/2$, ove S è la distanza percorsa da un corpo che cade in un tempo specificato, g è la costante dell'accelerazione e t il tempo in secondi. Questa ipotesi funziona bene nel predire il movimento di un corpo che cade nell'aria, se non si tiene conto del fatto che sono trascurati altri fattori rilevanti, come la densità dell'aria stessa, la forma del corpo, e così via. In questo senso, l'ipotesi è utile, non perché descrive con esattezza ciò che veramente succede quando un corpo cade nell'aria, ma perché rende possibile fare previsioni efficaci sui suoi movimenti.⁴

D'altra parte, Friedman – con Savage – assume un esempio parallelo, che considera un comportamento umano: quello dei tiri di un esperto giocatore di biliardo, predicibili dagli spettatori sulla base di determinate ipotesi.

Secondo Friedman e Savage,

non sembra irragionevole che le *predizioni eccellenti* [corsivo aggiunto] sarebbero prodotte dall'ipotesi che il giocatore di biliardo

tirasce *come se* conoscesse le complicate formule matematiche che darebbero la direzione ottimale del percorso, riuscisse a stimare esattamente ad occhio le angolazioni etc., riuscisse, descrivendo la posizione delle palle, a fare calcoli fulminei con le formule, e sapesse poi far andare le palle nella direzione da queste indicata.⁵

Friedman afferma giustamente a questo proposito che la nostra fiducia in questa ipotesi non è basata sulla credenza che i giocatori di biliardo, anche esperti, sanno attraversare, o attraversano in effetti il processo descritto; deriva piuttosto dalla convinzione che non sarebbero giocatori esperti di biliardo se non fossero in grado di raggiungere, in un modo o nell'altro, il medesimo risultato.⁶

La sola difficoltà di questo paragone, secondo me, è che nel primo caso la nostra ipotesi poteva permetterci di predire, ad esempio, la velocità di un corpo in caduta in qualsiasi istante con una ragionevole approssimazione, mentre nel secondo non siamo in grado di predire nulla, e tanto meno di fare “predizioni eccellenti” sui tiri di un giocatore di biliardo tranne affermare che probabilmente saranno “buoni tiri”. In effetti, la mera ipotesi che il giocatore di biliardo si comporterà come se conoscesse tutte le leggi fisiche connesse con una partita di biliardo ci dice molto poco su quelle leggi e ancor meno sulla posizione delle palle dopo ogni tiro futuro del nostro brillante giocatore. In altre parole, non riusciamo a fare una previsione del tipo di quelle che si fanno per un corpo che cade nell'aria.

Il modo in cui è fatta la comparazione mi sembra suggerire che potremmo fare un qualche calcolo per predire, ad esempio, la posizione futura delle palle sul biliardo dopo ogni tiro del nostro giocatore. Ma questo non è vero. Io e un mio amico, Eugenio Frola, professore di matematica all'università di Torino, dopo aver considerato il problema, pervenimmo ad una conclusione piuttosto divertente.

Per cominciare, un giocatore di biliardo può mettere

la palla – o trovarla collocata – in un numero infinito di posizioni iniziali definito da un sistema di coordinate cartesiane corrispondente ai bordi del tavolo da biliardo. Ciascuna di queste posizioni è una combinazione dei numeri infiniti che possono essere assunti da queste due coordinate, e il totale può perciò essere matematicamente simboleggiato da ∞^2 . Inoltre, dobbiamo tener conto dell'inclinazione e della direzione della stecca nel momento in cui il giocatore colpisce la palla. Abbiamo di nuovo un numero infinito di combinazioni di questi fattori, che può essere simboleggiato, come prima, con ∞^2 . Inoltre, la palla può essere colpita in un numero infinito di punti, ciascuno dei quali definito da una latitudine e da una longitudine sulla superficie della palla. Ancora una volta, abbiamo un numero infinito di combinazioni che può essere simboleggiato da ∞^2 . Un altro fattore da prendere in considerazione per fare predizioni sulla posizione finale della palla è la forza dell'impatto quando la palla è colpita dal nostro giocatore. Di nuovo, siamo alla presenza di un numero infinito di possibilità, corrispondente all'impulso applicato e designato dal simbolo ∞^2 .

Se mettiamo insieme tutti i fattori che dobbiamo prendere in considerazione per predire ciò che accadrà alla palla al momento dell'impatto, otteniamo un risultato che può essere simboleggiato come ∞^7 , che significa che i fattori possibili da prendere in considerazione sono tanto numerosi quanto i punti di uno spazio a sette dimensioni.

Ma non è finita qui. Per ogni tiro dovremmo anche determinare il movimento, cioè il modo in cui la palla girerà sul tavolo da biliardo, e così via, il che richiederebbe un sistema di equazioni differenziali non lineari non facili da risolvere. Inoltre, dovremmo considerare il modo in cui la palla colpisce i bordi del tavolo, quanta velocità perde per questo, quale sarà la nuova rotazione della palla, etc. Infine dobbiamo esprimere la soluzione generale, per calcolare

quanti possibili casi di successo deve considerare un esperto giocatore prima di colpire la palla, nei limiti delle regole del gioco, della natura del tavolo, e della probabile capacità dell'avversario di sfruttare il risultato a suo vantaggio.

Tutto questo indica quanto differenti sono gli esempi di ipotesi di lavoro formulate in fisica – come quelle riferite ai corpi in caduta – da quelle riferite a problemi in apparenza non molto complessi come quelli di una partita a biliardo, le cui difficoltà sfuggono all'attenzione di molte persone.

Sicuramente, la nostra ipotesi che un buon giocatore di biliardo si comporterà come se sapesse risolvere i problemi scientifici propri del gioco è solo una metafora per esprimere fiducia che egli farà “buoni tiri” in futuro come ne ha fatti nel passato, ed è ben lungi dal permettere alcuna vera previsione. Siamo come un fisico che, invece di applicare le sue ipotesi sui corpi che cadono nell'aria per predire, ad esempio, la loro velocità in qualsiasi momento, dice semplicemente che il corpo cadrà come se conoscesse le leggi dei suoi movimenti e le osservasse, mentre lo stesso fisico è incapace di formulare queste leggi per fare un calcolo.

Friedman sostiene che

c'è solo un passo da questi esempi all'ipotesi economica che in un'ampia gamma di circostanze le singole ditte si comportino come se stessero cercando razionalmente di massimizzare i loro guadagni attesi, e avessero una piena conoscenza dei dati occorrenti per riuscire in questo tentativo; cioè come se conoscessero le funzioni di spesa e di domanda relative, calcolassero i costi e i guadagni marginali di tutte le opzioni loro aperte e spingessero ogni linea di azione fino al punto in cui il costo marginale relativo e il guadagno marginale siano uguali.⁷

Sono d'accordo che c'è solo un breve passo dall'esempio precedente a quello nuovo, purché consideriamo entrambi come semplici *metafore* che esprimono la nostra generica fiducia nell'abilità dei bravi uomini d'affari di restare nel mercato, nello stesso modo in cui possiamo esprimere la

nostra fiducia che un buon giocatore di biliardo vincerà tante partite nel futuro quante ne ha vinte nel passato.

Ma ci sarebbe ben più di un breve passo fra l'esempio del giocatore di biliardo e l'esempio di una azienda nel mercato se si sostiene di poter calcolare in modo scientifico i risultati dell'attività dell'azienda in un dato tempo futuro.

Le difficoltà di tale calcolo sono molto più grandi dei problemi collegati alle soluzioni di una partita a biliardo. L'attività umana negli affari non è solo riferita alla massimizzazione dei guadagni in termini monetari. Molti altri fattori connessi al comportamento umano devono essere presi in considerazione e non possono essere ignorati a favore di una interpretazione numerica della massimizzazione. Questo rende il problema di calcolare tali massimi nell'economia molto più complesso dei problemi numerici riferiti ai casi di successo in una partita a biliardo. In altre parole, mentre la massimizzazione del successo in una partita di biliardo può essere un problema numerico, la massimizzazione del successo in economia non è identificabile con la massimizzazione dei guadagni monetari, cioè non è un problema numerico. I problemi di massimizzazione in economia non sono affatto dei problemi matematici, e il concetto di massimo nel comportamento economico non è identico al concetto di massimo com'è usato in matematica.

Se continuiamo a paragonare i problemi del giocatore di biliardo con quelli economici, dobbiamo considerare una situazione – analoga a quella prevalente nell'ambito economico – in cui il tavolo da biliardo stesso si muova, i bordi si espandano e si contraggano in modo irregolare, le palle vadano e vengano senza aspettare i colpi dei giocatori e soprattutto qualcuno prima o poi cambi le leggi che governano tutti questi processi, come succede così spesso quando legislatori e governanti intervengono per cambiare le regole del “gioco” economico.

L'economia come scienza aprioristica non sarebbe meno destinata al fallimento, anche se potessimo aspettarci, dalle sue sole tautologie, di trovare tutte le conclusioni necessarie a risolvere questioni vitali per individui particolari o per membri di comunità politiche ed economiche. Sono pienamente d'accordo con Friedman, a questo proposito, quando dice che mentre «solo i canoni della logica formale possono mostrare se un linguaggio particolare è completo e coerente..., solo l'evidenza fattuale può mostrare se le categorie del sistema di classificazione analitica hanno una corrispondenza empirica, cioè se sono utili per analizzare una classe particolare di problemi concreti». Sono d'accordo anche quando egli cita, per esempio, l'uso delle categorie della domanda e dell'offerta, l'utilità delle quali «dipende dalle generalizzazioni empiriche secondo cui una enumerazione delle forze che influenzano la domanda e delle forze che influenzano l'offerta produrrà due liste contenenti pochi punti in comune». Ma appena entriamo nel campo delle assunzioni empiriche, tutti i limiti dell'impostazione empirica dell'economia emergeranno, col risultato che né l'impostazione empirica, né quella aprioristica sono pienamente soddisfacenti.

Questo implica, naturalmente, che la scelta di un sistema di libertà individuale da parte di persone istruite come della gente in generale non può essere determinata da argomenti economici di forza paragonabile alle corrispondenti argomentazioni della matematica e della fisica.

Le medesime considerazioni valgono per la scienza politica, a prescindere dal fatto che la si metta o no allo stesso livello dell'economia.

C'è ancora un ampio margine di temi discutibili, una specie di terra di nessuno, che pensatori superficiali e demagoghi di tutti i paesi coltivano con cura per farci crescere funghi di tutti i tipi, anche velenosi, offerti ai loro concittadini come se fossero prodotti del lavoro scientifico.

Dobbiamo ammettere con franchezza che è difficile non solo insegnare alla gente le conclusioni scientifiche, ma anche trovare argomenti appropriati che convincano che i nostri insegnamenti sono corretti. C'è qualche consolazione nel fatto che, secondo le idee liberali, è necessario accettare solo pochi punti generali per fondare e sviluppare un ordinamento liberale, perché appartiene alla stessa natura di tale sistema lasciare che la gente lavori come crede meglio, purché non interferisca coll'analogo lavoro altrui.

D'altra parte, la libera collaborazione da parte degli individui non implica necessariamente che le scelte di ogni individuo sono peggiori di quanto sarebbero sotto la direzione di economisti e di scienziati politici.

Mi raccontarono, una volta, che un famoso economista aveva quasi rovinato sua zia dandole, in seguito alle sue insistenti richieste, consigli sul mercato azionario. Ciascuno conosce la propria situazione, ed è in una posizione migliore di chiunque altro per decidere al riguardo. Ognuno guadagna senz'altro di più da un sistema in cui le sue decisioni non subiscono interferenze da parte di altri, di quanto perda dall'impossibilità di interferire a sua volta con le decisioni altrui.

Inoltre, un sistema di scelte libere, in campo economico e politico, dà a ciascun individuo la preziosa possibilità di disinteressarsi, da una parte, di questioni che trova troppo complicate e troppo difficili e inoltre di importanza piuttosto scarsa, e, dall'altra, di richiedere la collaborazione di altri per risolvere problemi per lui troppo complicati, ma importanti. Non c'è motivo di pensare che la gente non si comporterebbe al riguardo come fa in altre circostanze simili, quando va, per esempio, dall'avvocato, dal medico o dallo psichiatra. Ciò non significa, naturalmente, che esistano esperti in grado di risolvere ogni genere di problema. Non occorre ricordare, a questo proposito, che cosa abbiamo detto del ragionamento economico. Ma quando

non è possibile risolvere oggettivamente un problema, la conclusione non è che gli individui devono agire sotto la direzione di autorità, ma, al contrario, che le autorità devono astenersi dal dare istruzioni che non possono fondarsi su soluzioni oggettive del problema.

Pochi fautori delle soluzioni socialiste ammetterebbero che le loro teorie non si fondano sul ragionamento oggettivo. Ma è già sufficiente, nella maggior parte dei casi, rilevare che le loro obiezioni contro la massimizzazione dell'area delle scelte libere individuali si basano su postulati filosofici, o piuttosto etici, di dubbia validità e anche su argomenti economici ancor più dubbi.

Il frequente slogan secondo cui «non possiamo rimettere indietro l'orologio» in economia e in politica, oltre ad essere una orgogliosa vanteria sulla diffusione delle idee socialiste, sembra anche significare che il peculiare orologio socialista non indica soltanto il tempo giusto, ma anche un tempo concepito come giusto senza bisogno di dimostrazione. Non ci possiamo accontentare di questa illazione.

Gli avversari della libera economia nel nostro tempo non hanno aggiunto nessuna valida nuova voce all'agenda dei governi e dei corpi legislativi, già compilata da quegli economisti classici che raccomandavano un ordinamento liberale.

Per quanto riguarda l'economia – che è veramente il campo preferito dei fautori contemporanei delle procedure coercitive – la nazionalizzazione di diversi tipi di industria è spesso considerata necessaria o, almeno, è vista come un appropriato surrogato delle imprese private regolate secondo leggi e ordini emessi dalle autorità.

A sostegno della nazionalizzazione, si adducono molte ragioni. Alcune di esse sono forse accettabili, per quanto non nuove, mentre altre che sono nuove non sono affatto accettabili, sulla base delle argomentazioni dei loro fautori.

Apprendiamo, da un manifesto programmatico del cosiddetto socialismo democratico britannico, pubblicato

dai laburisti nel 1950, che tre principi fondamentali sostengono l'idea di nazionalizzazione o proprietà pubblica delle industrie:

1. Assicurare che i monopoli – quando sono “inevitabili” – non “sfruttino” il pubblico, cosa che accadrebbe necessariamente, secondo questi socialisti, se i monopoli fossero privati.

2. “Controllare” le industrie e i servizi fondamentali da cui dipendono la vita economica e il benessere della comunità, perché il controllo non può essere lasciato “in modo sicuro” nelle mani dei proprietari privati “non responsabili” di fronte alla comunità.

3. Occuparsi di industrie in cui l’“inefficienza” persiste e ove i proprietari privati mancano della volontà o della capacità di fare miglioramenti.

Nessuno di questi principi è veramente convincente, se analizzato con attenzione. I monopoli, ove necessario, possono essere facilmente controllati dalle autorità senza che queste sostituiscano la propria iniziativa a quella dei monopoli da loro controllati. D'altra parte, non c'è una dimostrazione valida del fatto che i monopoli pubblici – cioè esercitati da autorità pubbliche o persone da esse delegate – non sfruttino il pubblico o lo sfruttino meno dei monopoli privati. In realtà, la storia di molti paesi prova che i monopoli pubblici possono sfruttare la comunità in modo più consistente e continuato di quelli privati. Controllare le autorità con altre autorità o con privati si dimostra molto più difficile che controllare monopolisti privati con autorità o con altri individui e gruppi privati.

Il secondo principio, per il quale il controllo delle industrie fondamentali non può essere lasciato in mano ai privati, comporta l'idea che questi ultimi non possano essere resi responsabili della loro attività di fronte al paese, e che al contrario i proprietari pubblici lo siano sotto ogni aspetto. Purtroppo per i fautori della nazionalizzazione, in

base a questo principio non si può dimostrare validamente né la prima tesi né la seconda. I proprietari privati rispondono alla comunità per la semplice ragione che essi devono dipendere da essa sia per vendere i loro prodotti sia per comprare materie prime, impianti, servizi, attrezzature e così via, allo scopo di produrre quello che vogliono vendere. Se rifiutano di venire incontro alle esigenze della comunità, perdono i loro clienti e non possono rimanere nel mercato. Devono cedere il passo ad altri controllori di industrie fondamentali più “responsabili”. D'altronde, le autorità pubbliche non dipendono affatto dalla comunità allo stesso modo, dal momento che sono in grado di imporre, con leggi e ordini, coercitivamente, prezzi di beni e servizi in modo da trarne vantaggio, se necessario, sia rispetto ad altri venditori sia rispetto ad altri compratori. Inoltre, esse non sono condannate al fallimento, in quanto possono sempre compensare le perdite, imponendo una ulteriore tassazione ai cittadini, cioè alla comunità di fronte a cui pretendono di essere “responsabili”. Naturalmente, i fautori della proprietà pubblica delle industrie fondamentali sosterranno che le autorità devono essere elette, e perciò “rappresentano” la comunità e così via. Ma conosciamo già questa storia e abbiamo capito che cosa significa: è una vuota cerimonia e un controllo per lo più simbolico di un manipolo di governanti da parte dell'elettorato.

Il terzo principio non è meno dubbio dei precedenti. Non esiste un argomento valido per dimostrare che le industrie devono la loro eventuale inefficienza alla loro proprietà privata, o che si recupererà efficienza con l'iniziativa delle autorità pubbliche quando la proprietà privata cederà il passo a quella pubblica.

L'assunzione presupposta da tutti questi principî è che le autorità pubbliche siano non solo più oneste, ma anche più intelligenti, più abili e più efficienti dei privati nel condurre le attività economiche. Questa affermazione

evidentemente non è provata, e ci sono molte testimonianze storiche contro di essa.

Altre distinzioni, come per esempio quella fra “desiderî”, per i quali il consumatore potrebbe pagare, e “bisogni”, per i quali il consumatore non potrebbe o non vorrebbe pagare, distinzioni fatte da molti per giustificare la nazionalizzazione delle industrie allo scopo di soddisfare questi “bisogni” invece dei “desiderî” che verrebbero presumibilmente soddisfatti dalle industrie private, si basano su una idea altrettanto indimostrabile. È la convinzione che le autorità siano meglio qualificate a scoprire e a soddisfare i “bisogni” individuali che i privati potrebbero non volere o non saper soddisfare se fossero liberi di scegliere.

Naturalmente, alcuni vecchi argomenti a favore della nazionalizzazione reggono ancora. Questo è il caso di servizi e industrie il cui intero costo non può essere pagato addebitandolo ai consumatori, per le difficoltà connesse al contarli uno per uno – come, ad esempio, nel caso di un faro – o alle complicazioni della raccolta degli addebiti – come nel caso di strade affollate, di ponti e così via. In questi casi, forse, l'industria privata non troverebbe profittevole fornire beni o servizi, e deve subentrare qualche altro sistema. Ma è interessante notare che in questi casi il principio della libera scelta nelle attività economiche non è abbandonato e neppure posto in dubbio. Si ammette che la gente che sceglie liberamente questi servizi sarebbe ben disposta a pagarli, se fosse possibile, e che perciò possa venir tassata con riferimento ai presunti benefici e al loro costo. La tassazione non può mai essere del tutto identificabile col pagamento di un prezzo nel sistema di mercato, ma può considerarsene, in questo caso, una buona approssimazione. Non si può dire la stessa cosa di altre imposizioni frutto del postulato socialista che l'autorità sappia meglio degli individui che cosa essi dovrebbero fare.

Può darsi che la tecnologia e il modo di vivere moderni

abbiano reso più frequenti i casi di servizi che non possono essere facilmente pagati, o non lo possono affatto, col solito sistema dei prezzi. Ma è anche vero che in numerosi esempi il sistema è ancora funzionale e l'impresa privata può comunque essere mantenuta efficiente anche in situazioni nuove. L'enorme aumento del traffico su strade e ponti dei paesi industriali ha reso difficile o addirittura impossibile conservare le strade a pedaggio gestite da privati, ma le attuali autostrade stanno ripristinando condizioni simili per riscuotere il dovuto. Un altro esempio da citare, a questo proposito, è quello della televisione e della radio. I fautori della proprietà pubblica di queste imprese spesso sostengono che la proprietà privata sarebbe inappropriata per l'impossibilità di addebitarne i prezzi, mentre l'impresa privata del settore negli Stati Uniti ha già risolto il problema vendendo il suo servizio alle aziende che vogliono fare pubblicità ai propri prodotti e sono pronte a pagare a questo scopo una quantità di denaro sufficiente a coprire tutte le spese delle trasmissioni. Anche qui, degli imprenditori troverebbero un modo di addebitare il prezzo della televisione se le autorità permettessero loro di tentare!

D'altra parte, nuove condizioni tecnologiche possono limitare la libertà individuale, per esempio, con riferimento al diritto di proprietà del suolo, ma il principio generale che le scelte devono essere lasciate agli individui e non alle autorità può essere conservato in modo piuttosto soddisfacente anche nelle condizioni attuali. Questo è dimostrato, ad esempio, dall'efficienza del sistema americano di sfruttare le risorse petrolifere e minerarie in armonia con il principio che la proprietà privata della terra deve essere rispettata – un principio che è stato decisamente trascurato in altri paesi a causa della presunta incompatibilità della proprietà privata con attività come l'estrazione.

Altre difficoltà possono sorgere da un diverso genere di considerazioni. Abbiamo cercato di definire la coercizione

come azione diretta da parte di alcuni, con lo scopo di impedire ad altri di raggiungere certi fini e, in generale, di indurli a fare scelte che altrimenti non avrebbero fatto.

L'azione diretta può essere concepita come un'azione fisica, e in tutti i casi in cui la coercizione è identificabile con l'azione fisica abbiamo un metodo semplice per definire che cosa sia la coercizione. Ma nella maggior parte dei casi la coercizione è esercitata con la minaccia di qualche tipo di azione fisica che in realtà non ha luogo. La coercizione è più una sensazione di intimidazione che un evento fisico, e l'identificazione della coercizione è più difficile di quanto si immagini a prima vista. Le minacce e i sentimenti loro collegati costituiscono una catena i cui nessi non sempre si possono rintracciare con facilità, né possono essere definiti da altri che non siano l'individuo interessato. In tutti questi casi, l'assunto che un comportamento sia coercitivo nei confronti di altri non è sufficientemente chiaro o oggettivo per essere alla base di una affermazione comprovabile empiricamente. Tutto ciò è imbarazzante per i sostenitori di un sistema di libertà individuale definita negativamente e quindi con riferimento alla coercizione. Se dobbiamo definire quale comportamento sia "libero" in un caso particolare, dobbiamo anche stabilire quale corrispondente comportamento sia coercitivo, cioè quale sia quello che in quel caso priva le persone della loro libertà. Qualora non ci sia certezza sulla natura della coercizione da evitare, la valutazione delle condizioni in cui possiamo garantire la "libertà" e la definizione del contenuto di quest'ultima sono davvero molto difficili.

Dal momento che la libertà non è qualcosa di valutabile con un metodo empirico o aprioristico, un sistema economico e politico basato sulla "libertà" intesa come assenza di "costrizione" sarà soggetto a una critica simile a quella che abbiamo fatto a proposito dell'impostazione empirica dell'economia.

Questa è la ragione per la quale un ordinamento politico basato sulla libertà include sempre almeno un minimo di coercizione, non solo nel senso di coercizione che impedisce la costrizione, ma anche che la determina – ad esempio, con una regola di maggioranza – tramite una decisione collettiva su ciò che il gruppo ammetterà come “libero” e ciò che vieterà come coercitivo in tutti i casi non suscettibili di determinazione oggettiva.

In altre parole, un sistema di libertà politica o economica si basa, soprattutto, su una impostazione empirica dell'economia e della politica, ma non può fondarsi completamente su di essa. Perciò, c'è sempre qualche vittima della coercizione in questo sistema “libero”. Si può cercare di convincere le persone a comportarsi nel modo da noi definito “libero” e di impedir loro di farlo nel modo definito “coercitivo”. Ma non si può sempre dimostrare che ciò che chiamiamo libero è veramente libero o che ciò che definiamo coercitivo lo è veramente nel senso oggettivo della parola.

L'intolleranza religiosa si può citare come esempio di ciò che voglio dire. Ci sono delle persone che si indignano se ci si comporta in un modo che ritengono incompatibile con i loro sentimenti religiosi, anche se si agisce in un modo che non si considererebbe mai coercitivo per loro. Nondimeno, essi si sentono offesi da tale comportamento perché, ai loro occhi, si fa qualcosa contro il loro dio, o non si fa qualcosa che si dovrebbe fare per amore di quel dio e che potrebbe eventualmente provocarne l'ira. In effetti, il loro dio, secondo la loro religione, è anche quello degli altri, e tendono a pensare che il comportamento altrui sia offensivo per loro nello stesso modo in cui è offensivo per il dio che si ha in comune con loro.

Non dico, naturalmente, che tutte le religioni siano intolleranti. L'induismo, il buddismo, le antiche religioni greca e romana non lo erano, a quanto ne so, poiché i loro sostenitori erano disposti ad ammettere che gli altri

potessero avere i loro dèi come essi avevano i propri. Non è sempre così in altre religioni. Una legge inglese risalente al tempo di Elisabetta I vietava alla gente di partecipare a feste la domenica. I trasgressori potevano essere puniti, e le vittime dello “scandalo” potevano richiedere un indennizzo. Questa legge ormai non è più osservata, ma diversi anni fa lessi di una ragazza inglese che su questa base aveva intentato una causa per danni ad un cinema che lavorava di domenica. Secondo il giornale, la ragazza era piuttosto povera, ma aveva avuto cura di scegliere, come protagonista dello scandalo, un grande cinema nel centro di Londra. L'ammontare del risarcimento richiesto – assai elevato – era perfettamente adeguato all'importanza del cinema, sebbene probabilmente non ai “danni” sofferti dalla “vittima”. Non ricordo come il tribunale competente decise la causa, ma penso che la legge elisabettiana su cui era basata possa essere citata come un buon esempio di ciò che intendo per intolleranza religiosa e per la corrispondente “costrizione” che alcune persone religiose possono sentire di soffrire per un comportamento che nessun altro considererebbe coercitivo nei confronti di nessuno.

Mi ricordai di quella legge elisabettiana un giorno che sedevo davanti a un bar nella strada principale di un paesino italiano. Stava passando una processione, e non mi accorsi che tutti si erano alzati in piedi; una suora mi guardò e, vedendo che ero ancora seduto, mi rimproverò facendo rilevare che *si deve* stare in piedi quando passa la processione. Non credo che questa suora fosse di solito un'arrogante. Probabilmente era una creatura mitissima e caritatevole. Ma non poteva ammettere che qualcuno restasse seduto fuori di un bar mentre passava la processione, la sua processione, la processione del suo dio. Il mio restare seduto, in quel caso, era per lei una forma offensiva di comportamento, e sono certo che si era sentita in qualche modo lesa nei sentimenti, anzi, quasi insultata, proprio come io potrei

sentirmi insultato se qualcuno mi parlasse con insolenza.

Per fortuna, la legge del mio paese, per il momento, non vieta alla gente di sedere al margine della strada mentre sta passando una processione, ma sono sicuro che la suora approverebbe immediatamente una legge che vietasse tale comportamento, allo steso modo in cui io approverei una legge che vietasse gli insulti e cose simili.

Penso che ci sia una lezione in ciò. Ma ho finito la mia.

Conclusione

Forse la migliore procedura da seguire nello scrivere questa conclusione è cercare di rispondere ad alcune delle domande che i miei lettori probabilmente vorrebbero fare, se potessero. In effetti, mi furono fatte tali domande quando esposi il contenuto del libro sotto forma di conferenze.

1. *Che cosa intendo quando dico (capitolo VIII) che l'opinione pubblica «non è tutto»?*
2. *C'è qualche possibilità di applicare il “modello Leoni” nella società contemporanea?*
3. *Supponendo che la possibilità di cui sopra esista, come può la “regola aurea” di cui abbiamo parlato metterci in grado di distinguere l'area della legislazione da quella della **common law**? Quali sono i confini generali degli ambiti da assegnare, rispettivamente, alla legislazione e alla **common law**?*
4. *Chi nominerà i giudici, i giuristi e gli altri **honoratiores** di quel genere?*
5. *Se ammettiamo che la tendenza generale della società contemporanea è stata più contro la libertà individuale che a suo favore, come potrebbero i suddetti **honoratiores** sfuggire ad essa?*

Naturalmente, si potrebbero considerare molte altre questioni, ma quelle menzionate sembrano essere i punti salienti di una eventuale discussione del tema nel suo complesso.

1. *Che cosa intendo quando dico (capitolo VIII) che l'opinione pubblica «non è tutto»?*

Per quanto riguarda la prima domanda, sostengo che non solo l'opinione pubblica può sbagliare, ma che può anche essere corretta con una argomentazione ragionevole. È vero che questo può essere un processo lungo. Ci volle più di un secolo perché la gente diventasse familiare con le idee socialiste; ci vorrà certo un tempo considerevole perché essa rigetti queste idee, ma ciò non è una ragione per rinunciare al tentativo.

La tendenza ostile alla libertà individuale è ancora prevalente nei paesi sottosviluppati rispetto ai modelli occidentali. Tuttavia è già possibile rendersi conto da diversi sintomi che la gente ha appreso delle lezioni in cui la limitazione della libertà individuale per mezzo di una corrispondente espansione del diritto decretato – predicata più o meno apertamente dai leader socialisti come condizione necessaria per l'avvento di un “mondo migliore” – ha mostrato di essere ben poco compensata dai presunti vantaggi di tale legislazione. Oggi possiamo già osservare, per esempio, una recessione del socialismo in Inghilterra, in Germania e probabilmente in Francia, per quanto riguarda la cosiddetta nazionalizzazione dell'industria. È chiaro che, come risultato di tale recessione, l'iniziativa in campo economico viene gradualmente liberata della minaccia di una ulteriore interferenza da parte del governo. Libri recenti, come quello di un ex laburista inglese, R. Kelf-Cohen, sono piuttosto illuminanti in proposito.

Ciò che è caratteristico della soluzione socialista del cosiddetto problema sociale non è il fine di promuovere il benessere pubblico ed eliminare, se possibile, la povertà, l'ignoranza e la miseria, perché questo scopo è non solo perfettamente compatibile con la libertà individuale, ma può anche essere considerato complementare ad essa.

Il nocciolo della soluzione socialista sta nel peculiare modo di raggiungere questo fine: il ricorso a un esercito di funzionari che agiscono in nome dello Stato e limitano, se non sopprimono, l'iniziativa privata in economia e in altri campi inestricabilmente connessi all'ambito economico.

Se il socialismo consistesse principalmente, come molti ancora credono, nei suoi fini dichiarati, sarebbe probabilmente difficile convincere la gente che ciò che è sbagliato nel socialismo non sono i fini professati, ma i mezzi ritenuti necessari per la loro realizzazione. L'ingenuità della visione socialista per quanto riguarda i mezzi è davvero sorprendente. Come osserva il detto autore,

C'era magia nelle parole "ufficio pubblico" o "società pubblica". Essi dovevano avere, come personale, uomini disinteressati di capacità eccellenti, devoti all'interesse nazionale. Assumevamo che tali uomini si potessero trovare in gran quantità: naturalmente essi non avevano la possibilità di farsi avanti nella degenerata era capitalistica in cui vivevamo.

Assumevamo anche che i lavoratori dell'industria sarebbero stati trasformati dalla legge di nazionalizzazione e si sarebbero dedicati all'interesse nazionale.

Perciò, la combinazione di amministrazione altruistica e di lavoratori disinteressati avrebbe prodotto il *brave new world* del socialismo – così profondamente diverso dal capitalismo.¹

Una ingenuità altrettanto incredibile è stata tipica di leader famosi del movimento laburista inglese come Sidney e Beatrice Webb, che nutrivano grande fiducia, come dice Kelf-Cohen, in «esperti indipendenti e disinteressati» nel nuovo Stato socialista. Essi avevano, come dice il medesimo autore,

grande fede nella ragionevolezza dell'essere umano, che poteva venir sempre guidato da fatti debitamente raccolti e pubblicati... Essi, naturalmente, credevano che, una volta scomparso l'elemento capitalista, l'atteggiamento di tutte le persone legate a queste industrie sarebbe così profondamente cambiato che le

industrie stesse avrebbero rappresentato, di fatto, un nuovo modo di vivere... Poiché i Webb capivano poco della funzione dell'amministrazione e della responsabilità decisionale, che è una parte vitale di tale funzione, non si rendevano conto che un aggregato di commissioni e di esperti disinteressati non avrebbe esentato l'amministrazione responsabile dalla necessità di fare il suo lavoro. Essi tendevano a identificare inconsapevolmente la responsabilità dell'amministrazione con l'avidità del capitalismo.²

Infine, Kelf-Cohen prova in maniera definitiva che la stessa ingenuità fu mostrata dai membri del governo laburista nel periodo 1945-1950. In effetti, i laburisti britannici non sono i soli ad avere questo atteggiamento, che è comune a tutti i fautori della proprietà pubblica delle imprese. A lungo termine questo atteggiamento non può durare. La gente si sta rendendo conto, lentamente, ma sicuramente, degli innumerevoli fallimenti delle imprese nazionalizzate. L'opinione pubblica sarà costretta a cambiare.

2. C'è qualche possibilità di applicare il "modello Leoni" nella società contemporanea?

Ciò che ho appena detto mi dà occasione di rispondere alla seconda domanda, riferita alla possibilità di applicare nella società contemporanea quello che alcuni miei amici a Claremont chiamavano scherzosamente "modello Leoni". Lo spostamento del centro di gravità degli ordinamenti giuridici dalla legislazione ad altri tipi di produzione del diritto non si può realizzare in un tempo breve. Può, tuttavia, essere l'esito di un mutamento dell'opinione pubblica in merito allo scopo e al significato della legislazione per quanto riguarda la libertà individuale. La storia mostra altri esempi di un processo del genere. Il diritto greco classico, basato sulla legislazione, cedette il passo al diritto romano, basato per lo più sull'autorità dei giureconsulti, sul costume e sul diritto giudiziario. Quando un imperatore romano

di ascendenza greca, Giustiniano, cercò poi di far rivivere l'idea greca del diritto legislativo mettendo in vigore, come se fosse uno statuto, una enorme collezione di opinioni di giureconsulti romani classici, il suo tentativo subì alla fine un destino simile, diventando la base del diritto dei giuristi che durò per secoli fino all'epoca moderna.

Certo, la storia non si ripete mai allo stesso modo, ma non mi spingerei a dire che non si ripete in altri modi. Ci sono oggi paesi in cui la funzione giudiziaria svolta da giudici nominati ufficialmente dal governo e basata sul diritto decretato è così lenta, impacciata e costosa, che la gente preferisce ricorrere ad arbitri privati per la soluzione delle controversie. Inoltre, ove il diritto decretato sembra troppo astruso, l'arbitro è spesso propenso ad abbandonare il fondamento del diritto decretato a favore di altri criteri di giudizio. D'altra parte, gli uomini d'affari amano ricorrere, quando possibile, al negoziato piuttosto che ai giudizi ufficiali basati sul diritto decretato. Sebbene manchiamo di statistiche per la maggior parte dei paesi, sembra ragionevole pensare che la tendenza stia crescendo e possa considerarsi come un sintomo di un nuovo sviluppo.

Un altro indice dell'esistenza di una tendenza in questa direzione può essere visto nel comportamento di alcune persone che in vari paesi rinunciano volontariamente, almeno in una certa misura, al loro diritto di valersi di leggi discriminatorie come il *Landlord and Tenant Acts*, che autorizza una delle parti a violare accordi precedenti, per esempio attraverso il rinnovo o meno dei contratti di locazione, il diritto dei proprietari di aumentare il canone, etc. In questi casi, il deliberato tentativo dei legislatori di rompere, con una legge decretata, impegni precedenti liberamente assunti, mostra di essere fallito, malgrado l'evidente interesse di una delle parti ad appellarsi alla legge.

Una caratteristica di alcune misure legislative di questo tipo, almeno in certi paesi, è il fatto che le pratiche disci-

minatorie introdotte dal diritto decretato erano e/o sono obbligatorie, cioè devono o dovevano aver luogo anche di fronte a un precedente accordo fra le parti, mentre in altri casi gli accordi successivi contro la legge decretata potevano essere violati, legittimamente, da una delle parti, lasciando l'altra senza difesa. In tali casi, i legislatori si interessavano evidentemente della possibilità, a loro sgradita, che la parte privilegiata potesse rinunciare ai suoi privilegi concludendo e mantenendo accordi diversi, non solo per la sua idea di onestà nel concludere e osservare gli accordi, ma anche perché la sua valutazione dei propri interessi poteva differire da quella dei legislatori. In tali casi, vediamo esempi apparentemente paradossali di prevalenza del diritto non legislativo su quello legislativo, come una specie di *common law* non riconosciuta, ma in vigore.

A questo proposito, un fenomeno più generale da considerare è l'evasione dal diritto decretato, in tutti i casi in cui gli evasori sentono di essere stati ingiustamente trattati da maggioranze contingenti di assemblee legislative. Questo accade particolarmente nel caso di una tassazione pesantemente progressiva. Certo, si deve distinguere fra un paese e un altro, ma ci sono molte ragioni per pensare che il fenomeno dell'evasione dalla tassazione pesantemente progressiva è molto più generale e diffuso nei paesi dell'Occidente di quanto non lo si ammetta ufficialmente o sia possibile accertarlo. Ci si potrebbe riferire anche alla crescente pratica americana di creare fondazioni e altre organizzazione esenti da tasse, il cui scopo è, fra l'altro, il trasferimento "del capitale e del reddito di una società".³

Non meno interessante è il vero atteggiamento della gente, se paragonato col diritto legislativo che proibisce abitudini e forme di comportamento che sono comunemente considerate, invece, come comprese nel campo della moralità e lasciate al giudizio privato.

Come segni di una possibile ritirata della legislazione

in questi campi si potrebbero citare, le critiche di certi sociologi americani contemporanei contro i tentativi di costringere alla morale per mezzo del diritto – e ciò accade ancora, ad esempio, in alcuni Stati dove la gente “vota proibizionista e beve antiproibizionista” – o le raccomandazioni di un recente rapporto britannico, in cui si dice:

Non siamo convinti che sia compito del diritto intervenire nelle vite private dei cittadini o cercare di imporre un particolare modello di comportamento oltre quanto è necessario per realizzare gli scopi delineati... conservare l'ordine e la disciplina pubblica, proteggere il cittadino da ciò che è dannoso o offensivo, e fornire una salvaguardia sufficiente contro lo sfruttamento e la corruzione altrui...⁴

Infine, l'ignoranza del contenuto di moltissime leggi e anche della loro stessa esistenza, e una corrispondente negligenza nell'obbedire al diritto decretato da parte dell'uomo della strada – nonostante la regola classica che *ignorantia legis non excusat* – deve essere inserita nel quadro per dare un'idea adeguata dei limiti della legislazione che è ufficialmente “in vigore”, ma in molti casi non è efficace.

Più si diventerà consapevoli di questi limiti della legislazione, più ci si abituerà all'idea che l'attuale legislazione, con la sua pretesa di coprire tutti i modelli di comportamento umano, è in realtà molto meno in grado di organizzare la vita sociale di quanto non credano i suoi fautori.

3. *Supponendo che la possibilità di cui sopra esista, come può la “regola aurea” di cui abbiamo parlato metterci in grado di distinguere l'area della legislazione da quella della common law? Quali sono i confini generali degli ambiti da assegnare, rispettivamente, alla legislazione e alla common law?*

Alla terza domanda voglio rispondere che la “regola aurea” delle pagine precedenti non può essere trasformata

in una regola a lume di naso in se stessa sufficiente a metterci in grado di dire quando ricorrere alla legislazione invece che alla *common law*. Occorrono evidentemente altri requisiti per decidere se la legislazione è necessaria o no in una situazione particolare. La “regola aurea” ha solo un significato negativo, poiché la sua funzione non è organizzare la società, ma evitare per quanto possibile la soppressione della libertà individuale nelle società organizzate. Essa ci mette in grado, tuttavia, di schizzare alcuni confini in questo ambito, ai quali mi riferivo nel capitolo introduttivo, riassumendo in anticipo i punti dell’argomentazione, quando dicevo che bisognerebbe rifiutare la legislazione ogni volta che (a) è usata semplicemente come un mezzo per sottomettere le minoranze, allo scopo di trattarle come perdenti sul campo; e (b) è possibile per gli individui conseguire i propri obiettivi senza dipendere dalla decisione di un gruppo e senza costringere veramente nessun altro a fare cose che non avrebbe mai fatto senza esservi costretto.

Un altro criterio già anticipato nel capitolo introduttivo e derivante dalla “regola aurea” è che il vantaggio presunto del processo legislativo, rispetto ad altri processi di produzione del diritto, deve essere soppesato molto attentamente in tutti i casi in cui esso non va rigettato per le ragioni di cui sopra. Tutto ciò che non è positivamente dimostrato come meritevole di legislazione deve essere lasciato all’area della *common law*.⁵

Non nego che il tentativo di definire su queste basi confini fra le aree assegnate, rispettivamente, alla legislazione e alla *common law* sia probabilmente molto difficile in parecchi casi, ma le difficoltà non sono un buon motivo per rinunciare a provare.

D’altra parte, se fosse possibile delineare in anticipo tutte le applicazioni della “regola aurea” alla definizione delle frontiere fra l’area della *common law* e quella della legislazione e se, inoltre, queste applicazioni fossero incluse

in questo libro, verrebbe meno il senso complessivo della mia tesi, perché le stesse applicazioni potrebbero essere considerate le clausole di un codice. Sarebbe assolutamente ridicolo attaccare la legislazione e allo stesso tempo presentare il canovaccio di un codice di propria invenzione. Ciò che si dovrebbe sempre ricordare è che, dal punto di vista della *common law* o del diritto dei giuristi, l'applicazione delle norme è un processo che continua in perpetuo. Nessuno può concludere il processo da solo e nel suo tempo. Posso aggiungere che, secondo me, ciascuno dovrebbe impedire ad altri di tentare di fare proprio questo.

4. *Chi nominerà i giudici, i giuristi e gli altri honoratores di quel genere?*

La quarta domanda – chi nominerà i giudici, i giuristi o gli altri *honoratores* per svolgere il compito di definire il diritto? – può avere, come la precedente, implicazioni fuorvianti. Ancora una volta sembra implicito che la nomina di giudici e simili, come la definizione di confini fra l'area della legislazione e quella della *common law*, debba essere fatta da persone determinate in un tempo determinato. In effetti, è piuttosto irrilevante stabilire prima chi nominerà i giudici, perché, al limite, tutti lo potrebbero fare, come accade in certa misura quando la gente ricorre ad àrbitri privati per dirimere le proprie liti. La nomina di giudici da parte delle autorità avviene, in generale, secondo i medesimi criteri che sarebbero usati dall'uomo della strada. Infatti la nomina di giudici non è un problema particolare, come lo sarebbe, ad esempio, la nomina di medici o di altre persone esperte ed istruite. L'emergere di buoni professionisti in una società è dovuto solo in apparenza a nomine ufficiali, se ce ne sono. In realtà, si basa su un consenso diffuso da parte di clienti, colleghi, e del pubblico in generale – un consenso senza il quale nessuna nomina è

veramente efficace. Naturalmente, la gente può sbagliare sul valore delle persone prescelte, ma questo è inevitabile in ogni genere di scelta. Dopo tutto, ciò che conta non è chi nominerà i giudici, ma come il giudice lavorerà.

Ho già indicato nel capitolo introduttivo la possibilità che il diritto giudiziario possa subire deviazioni il cui effetto può essere la reintroduzione del processo legislativo in una veste giudiziaria. Ciò tende ad accadere prima di tutto quando le corti supreme hanno l'autorità dell'ultima parola nella soluzione di casi già esaminati da corti inferiori e quando, inoltre, le loro decisioni sono considerate come precedenti vincolanti per decisioni simili da parte di altri giudici nel futuro. Ogni volta che ciò accade, la posizione dei membri delle corti supreme è in qualche modo simile a quella dei legislatori, anche se non del tutto identica.

In effetti, il potere delle corti supreme è di solito più importante in un sistema di *common law* che negli ordinamenti incentrati sulla legislazione. Questi ultimi cercano di realizzare la "coerenza delle decisioni giudiziarie" con la forza vincolante di norme formulate con precisione. I primi svolgono il compito di introdurre e conservare coerenza tramite il principio del precedente, qualora non sia probabile che emerga una opinione comune fra giudici e giuristi. In effetti, tutti i sistemi di *common law* probabilmente furono e sono basati sul principio del precedente – o *president*, come dicevano i giuristi inglesi del medioevo – sebbene questo principio non si debba confondere col precedente vincolante degli ordinamenti di *common law* attuali dei paesi anglosassoni.

Oggi sia i legislatori sia i giudici delle corti supreme svolgono il compito di tenere l'ordinamento giuridico su un certo binario, proprio perché sia gli uni che gli altri possono essere in posizione di imporre la loro volontà personale a un gran numero di dissidenti. Ora, se ammettiamo di dover ridurre i poteri dei legislatori per restaurare il più

possibile la libertà individuale, intesa come assenza di co-
strizione, e concordiamo sul fatto che “la coerenza della
giurisdizione” debba essere conservata proprio allo scopo
di mettere gli individui in grado di fare le proprie scelte per
il futuro, non possiamo fare a meno di sospettare che un
ordinamento giuridico che potrebbe accentuare, alla fine,
i poteri di individui particolari come i giudici delle corti
supreme, sarebbe una alternativa ingannevole.

Per fortuna, le corti supreme non sono nella medesima
condizione dei legislatori. Dopo tutto, non solo le corti in-
feriori, ma anche le corti supreme possono decidere solo se
richieste dagli interessati, e sebbene le corti supreme siano
in una posizione diversa da quella delle corti inferiori, esse
sono sempre obbligate ad “interpretare” il diritto e non a
decretarlo. Certo, l’interpretazione può avere come esito la
legislazione, o, meglio, una legislazione camuffata, qualora
i giudici estendano il senso di regole scritte per conseguirne
uno del tutto nuovo, o rovescino all’improvviso i propri
precedenti. Ma questo non autorizza certo a concludere
che le corti supreme sono nella stessa posizione dei legisla-
tori, che possono, come direbbe Allen, «fare nuovo diritto
in un senso del tutto precluso ai giudici». ⁶

D’altra parte, col sistema del precedente “vincolante”,
anche le corti supreme, come la Camera dei Lords britan-
nica, possono essere vincolate dai propri precedenti, e
mentre le corti inferiori sono ufficialmente vincolate dalle
decisioni delle corti superiori, «il più umile funzionario di
giustizia» come dice giustamente il summenzionato autore
«deve decidere da solo se è o no legato, nei casi particolari,
da una data decisione» delle corti superiori e anche di quelle
supreme. ⁷ Evidentemente, ciò rappresenta una conside-
revole differenza fra i giudici delle corti supreme e i legisla-
tori, per quanto riguarda l’imposizione non gradita delle
loro rispettive volontà ad un numero, anche grande, di altre
persone dissidenti. Naturalmente, a questo riguardo ci può

essere una gran differenza fra una corte suprema e l'altra. Tutti sanno, per esempio, che il potere della Corte Suprema degli Stati Uniti è molto più ampio di quello della corrispondente corte suprema britannica, cioè la Camera dei Lords. La differenza più evidente fra i due ordinamenti anglosassoni è l'esistenza di una costituzione scritta nell'ordinamento americano, che non ha l'equivalente in quello britannico. Alcuni teorici americani hanno già fatto rilevare⁸ che il problema del precedente, laddove c'è una costituzione scritta, è una cosa del tutto diversa da quel che è in regime di diritto giurisprudenziale.

In aggiunta al problema dell'ambiguità [nelle parole della costituzione] e del fatto che i suoi creatori possano averla intesa come uno strumento in espansione, c'è l'influenza del culto della costituzione. Questa influenza dà grande libertà alla corte. Essa può sempre abbandonare ciò che è stato detto per ritornare al documento scritto in se stesso. È una libertà più ampia di quanto lo sarebbe se non esistesse un simile documento... In realtà, l'ammissione dell'appello alla costituzione aumenta la discrezione della corte... Il risultato possibile in qualche campo può sembrare allarmante.⁹

In casi del genere, come aggiunge saggiamente l'autore, citando il giudice Frankfurter della Corte Suprema degli Stati Uniti, «la protezione ultima deve essere trovata nel popolo stesso». In effetti, si può facilmente sviluppare, a tale riguardo, un sistema di equilibri e contrappesi entro il potere giudiziario, proprio come è stato fatto, soprattutto negli Stati Uniti, fra le differenti funzioni dei «poteri» entro l'organizzazione politica. Se la posizione di una corte suprema come quella britannica – che è vincolata dai propri precedenti – sembra inadeguata per affrontare i mutamenti e le nuove esigenze, e se si assume, al contrario, che a una corte suprema deve essere permesso rovesciare i propri precedenti o cambiare la propria interpretazione del diritto

scritto, cioè della costituzione scritta – com'è per la Corte Suprema degli Stati Uniti – si dovranno introdurre strumenti particolari per limitare il potere delle corti supreme riguardo al carattere vincolante delle loro decisioni. Per esempio, può essere richiesta l'unanimità per le decisioni che rovesciano precedenti stabiliti da lungo tempo, o per cambiare sostanzialmente l'interpretazione della costituzione. Si possono escogitare altri controlli: non è mio compito suggerirli qui.

Ciò che si è rilevato sulla posizione delle corti supreme in paragone con quella dei legislatori è vero in modo ancora più evidente per le corti inferiori e i giudici ordinari in generale. Non possono essere considerati come legislatori, non solo per il loro atteggiamento psicologico nei confronti della legge, che comunemente intendono “scoprire” piuttosto che “creare”,¹⁰ ma anche e soprattutto per la loro fondamentale dipendenza dalle parti interessate nel processo di formazione del diritto. L'insistere sull'interferenza di fattori personali in questo processo di creazione del diritto non ci può far dimenticare questo dato fondamentale. È stato fatto un gran chiasso, da parte di qualcuno, sul fatto che i sentimenti e le situazioni dei giudici possano eventualmente interferire colla loro funzione giudiziaria. Ci si chiede perché questa gente sembra non prestare attenzione al fatto, corrispondente e molto più importante, che i sentimenti privati e le situazioni personali possono interferire altrettanto con l'attività dei legislatori e, tramite essa, molto più profondamente con l'attività di tutti i membri della società. Se simili interferenze non si possono evitare, e se abbiamo una scelta, sembra molto meglio preferire quelle che hanno un raggio di azione minore e sono meno decisive nei loro effetti.

5. *Se ammettiamo che la tendenza generale della società contemporanea è stata più contro la libertà individuale che a suo favore, come potrebbero i suddetti honoratiorees sfuggire ad essa?*

Si può rispondere, a questo proposito: come potrebbero i giudici, meglio dei legislatori, sfuggire alla tendenza contemporanea contraria alla libertà individuale?

Per dare una risposta ragionevole a questo interrogativo, dobbiamo prima distinguere fra i giudici delle corti inferiori e quelli delle corti superiori. Poi, dobbiamo distinguere fra corti supreme che hanno il potere di cambiare il diritto ribaltando i propri precedenti, e corti supreme che non hanno questo potere. È evidente che, qualunque sia l'atteggiamento personale di un giudice nei confronti della tendenza di cui sopra, i giudici delle corti inferiori sono limitati nella loro libertà di seguire la tendenza se essa si oppone all'opinione delle corti superiori. I giudici delle corti superiori sono limitati, a loro volta, nella libertà di seguire la tendenza se non possono rovesciare ad arbitrio i loro precedenti, o se c'è qualche strumento, come il requisito dell'unanimità, che limiti l'effetto delle loro decisioni sull'ordinamento giuridico.

Inoltre, anche se ammettiamo che i giudici non possono sottrarsi alla tendenza contemporanea ostile alla libertà individuale, dobbiamo riconoscere che è proprio della loro funzione soppesare le opposte argomentazioni delle parti in causa. Un rifiuto a priori di ammettere e di valutare argomentazioni, prove, etc. sarebbe inconcepibile per la procedura di tutte le corti, almeno nel mondo occidentale. Le parti sono *uguali* per quanto riguarda il giudice, nel senso che sono libere di produrre argomenti e prove. Esse non costituiscono un gruppo in cui le minoranze dissidenti cedono il passo alle maggioranze trionfanti; né si può dire che tutte le parti interessate in casi più o meno simili decisi

in tempi diversi e da giudici diversi costituiscano un gruppo in cui le maggioranze prevalgono e le minoranze devono cedere. Naturalmente, le argomentazioni possono essere più forti o più deboli, proprio come chi compra o chi vende può essere più forte o più debole, ma il fatto che ogni parte possa produrle è paragonabile al fatto che ciascuno può competere individualmente con ogni altro per vendere e comprare nel mercato. Tutto il processo comporta la possibilità fondamentale di un equilibrio in un senso molto simile a quello del mercato, e in particolare di un mercato in cui i prezzi possono essere fissati da àrbitri liberamente autorizzati a farlo dalle parti interessate. Certo, ci sono differenze fra questo tipo di mercato e quello ordinario. Poiché le parti hanno autorizzato l'arbitro a porre fine al negoziato fissando i prezzi, si sono impegnate in anticipo a comprare o vendere a quei prezzi, mentre nel mercato ordinario non c'è impegno finché i prezzi non sono stati concordati fra le parti in causa.

A questo riguardo, la posizione delle parti davanti a un giudice è simile, in qualche misura, a quella di individui appartenenti a un gruppo. Né il soccombente in una causa, né la minoranza dissidente di un gruppo è in posizione di rifiutare o accettare la decisione finale. D'altra parte, l'impegno delle parti davanti a un giudice ha dei limiti molto definiti, non solo per quanto riguarda la decisione finale, ma anche con riferimento al processo con il quale la si raggiunge. Nonostante tutte le formalità e le regole artificiose della procedura, il principio fondamentale di un giudizio è determinare quale delle parti ha ragione e quale ha torto, senza nessuna delle discriminazioni automatiche presenti nelle decisioni collettive come, per esempio, la regola della maggioranza.

Ancora una volta, la storia ha qualcosa da insegnarci a questo proposito. L'esecuzione obbligatoria delle decisioni giudiziarie è uno sviluppo comparativamente tardo del

processo di formazione del diritto tramite giudici, giuristi, e simili.

In effetti, l'applicazione di una decisione raggiunta su base fundamentalmente teorica – cioè il decidere secondo criteri riconoscibili – fu per lungo tempo ritenuta incompatibile con l'esecuzione coattiva di tale decisione. Questo spiega perché, ad esempio, nell'antica procedura giudiziaria greca, l'adempimento della sentenza fosse lasciato alle parti, che avevano prestato giuramento di rispettare la decisione del giudice; e perché in tutto il mondo classico re e altri capi militari mettevano da parte gli emblemi del potere se veniva loro richiesto di dirimere una vertenza.

La stessa idea di una differenza fra le decisioni giudiziarie e altre decisioni in campo militare e politico è alla base della distinzione fondamentale fra potere esecutivo (*gubernaculum*) e funzione giudiziaria (*jurisdictio*), che il famoso giurista inglese del medioevo, Bracton, usava sottolineare con forza. Sebbene la distinzione rischiasse, e rischi di nuovo ora, di andar perduta nello sviluppo successivo della storia costituzionale inglese, la sua importanza per la conservazione della libertà individuale contro il potere del governo in quel paese e, in certa misura, in altri paesi che hanno imitato l'Inghilterra, non può mai essere troppo accentuata da tutti coloro che conoscono la storia.¹¹ Sfortunatamente, oggi il potere schiacciante di parlamenti e governi tende a cancellare la distinzione fra il potere legislativo ed esecutivo, da una parte, e il potere giudiziario dall'altra, distinzione che è stata considerata una delle glorie della costituzione inglese fin dai tempi di Montesquieu. Questa distinzione, tuttavia, si basa su un'idea che la gente, oggi, sembra aver perso di vista: *la legislazione è un processo teoretico molto più che un atto di volontà, e come processo teoretico non può essere il risultato di decisioni emesse da gruppi di potere alle spese di minoranze dissidenti.*

Se ci si renderà di nuovo conto, nel nostro tempo, della

importanza fondamentale di questa idea, la funzione giudiziaria recupererà il suo vero significato e le assemblee legislative e le commissioni quasi-legislative perderanno il loro influsso sull'uomo della strada. D'altra parte, nessun singolo giudice sarebbe così potente da distorcere col suo atteggiamento personale il processo tramite il quale le argomentazioni di tutte le parti competono reciprocamente, e dominare ad arbitrio una situazione simile a quella descritta nei versi di Tennyson:

Where Freedom slowly broadens down
from precedent to precedent.¹²

Note

Premessa

- 1 Sembra ragionevole credere che il suffragio universale, per esempio, abbia dato origine a una quantità di problemi pari, se non superiore, a quelli creati dalla tecnologia, sebbene si possa ben concedere che ci sono molti nessi fra lo sviluppo della tecnologia e quello del suffragio universale.
- 2 W. Friedmann, *Law in a Changing Society*, London, Stevens & Sons, 1959, p. 7.
- 3 *Ibid.*, p. 30.
- 4 *Ibid.*, p. 4.
- 5 La posizione speciale delle corti supreme, sotto questo aspetto, è solo un caso particolare del principio generale qui sottolineato; ci ritorneremo in seguito.

I. Quale libertà?

- 1 Citato in Maurice Cranston, *Freedom*, London, Longman, Green & Co., 1953, p. 13.
- 2 Esempi di questo genere di confusione semantica deliberata si possono trovare in R.N. Carew-Hunt, *Guide to Communist Jargon*, London, Geoffrey Bles, 1957.
- 3 Un saggio recente di Roscoe Pound, ex preside della Harvard Law School, intitolato *Legal Immunities of Labor Unions*, offre una descrizione dettagliata delle immunità di cui queste organizzazioni godono attualmente nel diritto americano. Il saggio è raccolto in *Labor Unions and Public Policy*, Washington, D.C., American Enterprise Association, 1958.

II. Libertà e “costrizione”

- 1 Lewis Carrol (Charles Lutwidge Dodgson), *Through the Looking Glass*, in R. Herrick (ed.), *The Lewis Carrol Book*, New York, Tudor Publishing Co., 1944, p. 238.
- 2 Ludwig von Mises, *Human Action: A Treatise on Economics*, New Haven, Yale University Press, 1949, p. 281.
- 3 *Ibid.*

III. Libertà e *rule of law*

- 1 F.A. Hayek, *The Political Ideal of the Rule of Law*, Cairo, Fiftieth Anniversary Commemoration Lectures, National Bank of Egypt, 1955, p. 2. Praticamente l'intera sostanza di questo volume è stata ripubblicata in *The Constitution of Liberty*, del medesimo autore.
- 2 Albert Venn Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, London, Macmillan, 1915, p. 185.
- 3 *Ibid.*, p. 191.
- 4 F.A. Hayek, *op. cit.*, p. 45.
- 5 Carleton Kemp Allen, *Law and Orders*, London, Stevens & Sons, 1956, p. 396.
- 6 *Ibid.*, p. 396.
- 7 *Ibid.*, p. 32.
- 8 Ernest F. Row, *How States Are Governed*, London, Pitman & Sons, 1950, p. 70. Per la situazione negli Stati Uniti, vedi: Walter Gellhorn, *Individual Freedom and Governmental Restraints*, Baton Rouge, Louisiana State University Press, 1956, e Leslie Grey, *The Administrative Agency Colossus*, «The Freeman», ottobre 1958, p. 31.
- 9 F.A. Hayek, *op. cit.*, p. 57.
- 10 Dicey, *op. cit.*, p. 189.
- 11 *Loc. cit.*
- 12 *Ibid.*, p. 195.
- 13 F.A. Hayek, *op. cit.*, p. 36.
- 14 *Ibid.*, p. 38.

IV. Libertà e certezza del diritto

- 1 Thucydides, *The History of the Peloponnesian War*, II, 37-39, trad. di R. Crawley, London, J.M. Dent & Sons, 1957, p. 93.
- 2 *Loc. cit.*
- 3 Dagobert D. Runes, *A Book of Contemplation*, New York, Philosophical Library, 1957, p. 20.
- 4 W.W. Buckland, *Roman Law and Common Law* (seconda edizione riveduta da F.H. Lawson, Cambridge University Press, 1952). Questo libro è una affascinante comparazione fra i due sistemi.
- 5 *Ibid.*, p. 18
- 6 Fritz Schulz, *History of Roman Legal Science*, Oxford, Clarendon Press, 1946, p. 84.
- 7 Devo questa e altre interessanti osservazioni sull'ordinamento giuridico romano al professor V. Arangio Ruiz, il cui saggio *La règle de droit dans l'antiquité classique*, ripubblicato dall'autore in *Rariora*,

Roma, Ed. di storia e letteratura, 1946, p. 233, è molto interessante e informativo.

8 Cicerone, *De republica*, II, 1.2.

9 Dicey, *loc. cit.*

10 Thomas Hobbes, *Dialogue between a Philosopher and a Student of the Common Laws of England*, 1681, in *The English Works of Thomas Hobbes of Malmesbury*, a cura di sir W. Molesworth, London, John Bohn, 1829-1845, VI, pp. 3-161.

11 Matthew Hale, *Reflections by the Lord Chief Justice Hale on Mister Hobbes, His Dialogue of the Law*, pubblicato per la prima volta da Holdsworth, in *History of English Law*, London, Methuen & Co., 1924, V, Appendice, p. 500.

12 *Ibid.*, p. 505.

13 *Ibid.*, p. 504.

14 *Dig.*, I, 3, 21.

V. Libertà e legislazione

1 Per quanto riguarda la Gran Bretagna, vedi l'accuratissima analisi di G. W. Keeton, *The Passing of Parliament*, London, E. Benn, 1952. Per gli Stati Uniti, vedi Burnham, *Congress and the American Tradition*, Chicago, Regnery, 1959, in particolare "The Rise of the Fourth Branch", p. 157, e Lowell B. Mason, *The Language of Dissent*, Cleveland, Ohio, World Publishing Co., 1959.

2 Vedi, per esempio, le nuove norme italiane sulla circolazione (1959), che estendono di molto l'ambito delle misure discrezionali applicabili contro i guidatori da parte di funzionari dell'esecutivo come i prefetti.

3 Io stesso ho trattato questo tema in due altre occasioni, cioè in alcune conferenze al Nuffield College di Oxford e al Department of Economics della University of Manchester, nel 1957.

4 James Buchanan, *Individual Choices in Voting and in the Market*, «Journal of Political Economy», 1954, p. 388.

5 *Loc. cit.*

6 *Loc. cit.*

VI. Libertà e rappresentanza

1 Edmund Burke, *Works*, 1808, II, pp. 287 ss.

2 Edmund Burke, *Speech to the Electors of Bristol*, 3 Dicembre 1774, in *Works*, Boston, Little, Brown & Co., II, p. 96.

3 Cecil S. Emden, *The People and the Constitution*, II ed., Oxford, Clarendon Press, 1956, p. 34.

- 4 *Ibid.*, p. 53. Gli storici ci dicono che «a causa di questo discorso Fox stesso fu attaccato da una folla in tumulto quando si recò alla Camera, e fu fatto rotolare nel fango».
- 5 R. T. McKenzie, *British Political Parties*, London, Heineman, 1955, p. 588.
- 6 Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, IX edizione, London, Macmillan, 1939, p. 76.
- 7 *Ibid.*, p. 73.
- 8 *Ibid.*, p. 82
- 9 *Ibid.*, p. 83.
- 10 *Loc. cit.*
- 11 Su questo e altri argomenti trattati in questo capitolo vedi il chiaro e informativo articolo *Representation* di H. Chisholm, Enciclopedia Britannica, XIV ed.
- 12 Tuttavia, la teoria politica della rappresentanza nel medioevo sembra essere stata influenzata da un'analogia teoria del giurista romano Pomponio, contenuta in un frammento del *Digesto*: «deinde quia difficile plebs convenire coepit, populus certe multo difficilius in tanta turba hominum, necessitas ipsa curam reipublicae ad Senatum deduxit». Cioè: il Senato fu condotto ad assumere la responsabilità della legislazione per le difficoltà nel riunire i plebei e per l'ancor maggiore difficoltà di tenere un'assemblea della vasta moltitudine dell'intero elettorato. Vedi: Otto Gierke, *Political Theories of the Middle Age*, tr. di Maitland, Cambridge University Press, 1922, pp. 168 ss.
- 13 H. Chisholm, *loc. cit.*
- 14 Gierke, *op. cit.*, p. 64.
- 15 Per una discussione del problema della rappresentanza in rapporto con la regola di maggioranza, vedi: Burnham, *The Congress and the American Tradition*, Chicago, Regnery, 1959, e in particolare il capitolo intitolato "What is a Majority?", pp. 311 ss.
- 16 Ciò è vero nonostante il fatto, notato da Milton Friedman, che gli azionisti possono alla fine sbarazzarsi del capitale azionario di quelle aziende che non si lasciano controllare a sufficienza, mentre i cittadini non possono fare facilmente lo stesso con la loro cittadinanza.
- 17 John Stuart Mill, *Considerations on Representative Government*, New York, Henry Holt & Co., 1882
- 18 *Ibid.*, p. 147.
- 19 R. T. McKenzie, *Op. cit.*, p. 588.
- 20 *Ibid.*, p. 589.
- 21 Leslie Stephen, *The Science of Ethics*, citato da Dicey, *op. cit.*, p. 81.

VII. Libertà e volontà comune

- 1 Eugen Ehrlich, *Juristische Logik*, Tübingen, Mohr, 1918, p. 166.
- 2 *Ibid.*, p. 167.
- 3 F.A. Hayek, *op. cit.*, p. 46.
- 4 B. Constant, *Cours de politique constitutionnelle*, Bruxelles, 1851, I, p. 178.

VIII. Analisi di alcune difficoltà

- 1 Ludwig von Mises, *Planning for Freedom*, South Holland Ill., Libertarian Press, 1952, ultimo capitolo.
- 2 Forse si dovrebbe anche tener conto dei danni fatti dai fisici nel ruolo di economisti!
- 3 M. Friedman, *Essays in Positive Economics*, University of Chicago Press, 1953, p. 11.
- 4 *Ibid.*, pp. 16-18.
- 5 *Ibid.*, p. 21.
- 6 *Loc. cit.*
- 7 *Loc. cit.*

Conclusione

- 1 R. Kelf-Cohen, *Nationalization in Britain: The End of a Dogma*, London, Macmillan, 1958, *Preface*.
- 2 *Ibid.*, p. 12.
- 3 Cfr. a questo proposito M. Friedman, *op. cit.*, pp. 290 ss., e le citazioni in essa contenute.
- 4 *Wolfenden Report, the Committee on Homosexual Offences and Prostitution*, 1959. Tuttavia, come esempio di una visione contraria, "reazionaria", possiamo citare la *Maccabean lecture in jurisprudence* tenuta alla British Academy da sir Patrick Devlin nel marzo 1959, e pubblicata dalla Oxford University Press col titolo *The Enforcement of Morals*.
- 5 Una maniera pratica di ridurre l'ambito della legislazione potrebbe essere quella di ricorrere ad essa – per esempio, introducendo una clausola, nella costituzione scritta del paese, che impedisca ai corpi legislativi di legiferare su certe materie e/o prescrivendo l'unanimità o maggioranze qualificate per determinate leggi. Il requisito delle maggioranze qualificate, in particolare, potrebbe impedire ai gruppi di un corpo legislativo di corromperne altri per sacrificare le minoranze dissidenti, rendendo il consenso di tali minoranze indispensabile

per l'approvazione della legge. Questa procedura è stata suggerita da James Buchanan all'incontro della Mont Pèlerin Society a Oxford, nel settembre 1959.

- 6 Carleton Kemp Allen, *Law in the Making*, quinta edizione, Oxford, Clarendon Press, 1951, p. 287.
- 7 *Ibid.*, p. 269.
- 8 Cfr. per esempio F.H. Levi, *An Introduction to Legal Reasoning*, IV edizione, University of Chicago Press, 1955, pp. 41 ss.
- 9 *Ibid.*, pp. 41-43.
- 10 Come direbbe Carleton Kemp Allen, i giudici "fanno" la legge solo in senso secondario, come «un uomo che taglia un albero in ceppi ha in un certo senso "fatto" i ceppi... L'umanità, con tutte le sue risorse e la sua inventiva, è limitata nel suo potere creativo dal materiale fisico ad essa concesso. Analogamente, il potere creativo delle corti è limitato dal materiale giuridico esistente a sua disposizione. Esse trovano il materiale e lo formano. Il potere legislativo può elaborare materiali del tutto nuovi». (*Op. cit.*, p. 288.)
- 11 La più accurata e brillante trattazione di questo tema che mi sia nota è contenuta in *Constitutionalism: Ancient and Modern* di Charles Howard McIlwain, Cornell University Press, pubblicata per la prima volta nel 1940.
- 12 [Ove la libertà lentamente si amplia / di precedente in precedente. *N.d.T.*]

Indice dei nomi

Acton, lord, 30-31, 87, 114
Allen, Carleton Kemp, 36, 69, 72-73, 98, 112-113
Ambrogio, Santo, 60
Ambrosiastro, 60
Arangio Ruiz, Vincenzo, 93
Aristotele, 56, 82, 85, 87, 89
Ashton, T.S., 64
Austin, John, 34, 103, 129, 139

Bacone, 3, 144
Bastiat, 154
Bentham, Jeremy, 103
Black, Duncan, 119-120
Bosanquet, Bernard, 49
Bowles, Chester, 42
Bracton, 209
Brutzkus, B., 22
Buchanan, James, 121-122, 146
Buckland, W.W., 93
Burke, 101
Burnham, James, 11, 68

Carlo I, 131
Carroll, Lewis, 51
Catone il Censore, 100-101, 162
Cecina, 96
Cesare, 96
Cicerone, 83, 85, 96-97, 100
Clausewitz, 154
Clistene, 100
Coke, Edward, 98, 103-104
Constant, Benjamin, 70, 171
Cranston, Maurice, 49, 55
Crichel Down, 111
Cromwell, Oliver, 131

Democrito, 89
Demostene, 90
Denning, Alfred, 112-113
Dicey, 68-81, 97, 103, 107, 113, 129-130, 162

Dickinson, H. D., 22
 Disraeli, 135
 Dracone, 100

 Edoardo I, 131
 Ehrlich, Eugen, 21, 27, 83, 160, 164
 Elisabetta I, 192
 Emden, Cecil, 128
 Enrico III, 131

 Fox, Charles, 128
 Frankfurter, 206
 Frazer, Lindley, 58
 Friedman, Milton, 177-178
 Frola, Eugenio, 179
 Fustel de Coulanges, 88

 Galileo, 167
 Gierke, 70, 132
 Giustiniano, 156-160, 197
 Gladden, E.N., 108
 Gogol, 48
 Guizot, 70

 Hale, Matthew, 103-104, 106
 Hauriou, 75
 Havelock, Eric A., 89
 Hayek, 11, 39, 67, 70-72, 74-76, 80-82, 112, 169
 Hegel, Georg W.F., 37
 Hildebrand, Karl, 27
 Hitler, 65
 Hobbes, 103-104, 23, 143, 176

 Jefferson, 87
 Jellinek, 75
 Jhering, Rudolph, 63

 Keeton, G. W., 11
 Kelf-Cohen, R., 195-197
 Kelsen, 34
 Keynes, 91-92

 Lange, Oskar, 22
 Leibniz, 39, 66
 Lenin, 175

Licurgo, 100
 Lincoln, Abraham, 30
 Lowell, Lawrence, 114, 149-150

 MacDermont, lord, 44
 Machiavelli, 11, 143
 Mario, 96
 Marshall, 59, 98
 Marx, 61
 McKechnie, 132, 142
 McKenzie, R.T., 139-140, 142
 Michels, Roberto, 139, 143
 Mill, John Stuart, 18, 87, 133, 136, 137-138
 Minosse, 100
 Mises, 37, 39, 101, 174
 Mohl, Robert von, 70
 Montesquieu, 68-69, 171
 Mosca, Gaetano, 113, 143
 Mussolini, 65

 Napoleone, 135
 Nasser, 42
 Nerazio, 106

 Paolo, Giulio, 156
 Pareto, 113, 143
 Pennington, Isaac, 130
 Pericle, 38, 87-89
 Platone, 89, 152, 168
 Pollock, Frederick, 64
 Pound, Dean Roscoe, 75
 Proudhon, 48

 Ripert, 68
 Robbins, Lionel, 57-59
 Romano, 75
 Roosevelt, Franklin Delano, 31
 Rostovzeff, 94
 Rotondi, 93
 Rotteck, Karl von, 70
 Rousseau, 153
 Row, Ernest F., 74
 Runes, Dagobert, 92

Savage, 178
Savigny, 21, 105
Schultz, Fritz, 94
Schumpeter, 134-135
Shakespeare, 63, 73
Silla, 96
Smith, 59
Solone, 100
Spencer, 87
Stephen, Leslie, 142

Taine, 173
Taylor, Fred M., 22
Tennyson, 210
Teseo, 100
Timocrate, 90
Tisamene, 89-91
Tocqueville, 87, 114
Tolstoj, 56
Tucidide, 87-89

Ulpiano, 156
Umberto, 141

Vittorio Emanuele III, 141
Voltaire, 68

Watts, Orval, 46
Webb, Sidney e Beatrice, 196
Weber, Max, 20, 22, 139, 176
Welcker, K., 70
Williams, Glanville, 34

Zeno, San, 60



Finito di stampare nel mese di aprile 2017
presso la Tipografia S. Giuseppe
Pollenza

OCHE DEL CAMPIDOGLIO

- 1 Anthony Collins, *Discorso sul libero pensiero*
- 2 Pietro Di Muccio, *Orazione per la Repubblica*
- 3 Bertrand de Jouvenel, *L'etica della redistribuzione*
- 4 Hilaire Belloc, *Lo Stato servile*
- 5 Edmund Burke, *Difesa della società naturale*
- 6 Daniel Defoe, *Inno alla Gogna*
- 7 Dos Passos, Zirkle, Weaver, Morley, Schoeck, Friedman, Hayek, Ekirch jr.,
Saggi sull'individualità
- 8 Frédéric Bastiat, Gustave de Molinari, *Contro lo statalismo*
- 9 Daniel Soulez Larivière, *Il circo mediatico-giudiziario*
- 10 Alexander Pope, *Saggio sull'Uomo*
- 11 Voltaire, *Facezie*
- 12 Walter Block, *Difendere l'indifendibile*
- 13 Bruno Leoni, *La libertà e la legge*
- 14 Albert Jay Nock, *Il nostro Nemico, lo Stato*
- 15 Jeremy Bentham, *Difesa dell'usura*
- 16 Murray N. Rothbard, *L'etica della libertà*
- 17 Pascal Salin, *La tirannia fiscale*
- 18 Carl Menger, *Sul metodo delle scienze sociali*
- 19 David Friedman, *L'ingranaggio della libertà. Guida a un capitalismo radicale*
- 20 Michael Novak, *Questo emisfero di libertà. Una filosofia delle Americhe*
- 21 Roberto Racinaro, *La giustizia virtuosa. Manualetto del detenuto dilettante*
- 22 Murray N. Rothbard, *Per una nuova libertà. Il manifesto libertario*
- 23 John Trenchard, Thomas Gordon, *Cato's Letters*
- 24 Thomas Carlyle, *Cartismo*
- 25 Michael Novak, *Verso una teologia dell'impresa*
- 26 Antoine Garapon, Denis Salas, *La Repubblica penale*
- 27 Angeletti, Cavalla, di Robilant, Ricossa, *Contro lo Stato massimo*
- 28 Lysander Spooner, *I vizi non sono crimini.*
Vices Are Not Crimes. Natural Law. No Treason
- 29 Victor Hugo, *Claude Gueux*
- 30 Alejandro A. Chafuen, *Cristiani per la libertà.*
Radici cattoliche dell'economia di mercato
- 31 Ludwig von Mises, *Politica economica. Riflessioni per oggi e per domani*
- 32 Ayn Rand, *La virtù dell'egoismo*
- 33 Angeletti, Cavalla, Frigo, Lanza, Longo, Taradash, *Giudici e Inquisitori*
- 34 Ken Schoolland, *Le avventure di Jonathan Gullible*
- 35 Karlheinz Deschner, *Opus Diaboli*
- 36 Michael Novak, *Spezzare le catene della povertà*
- 37 Dugald Stewart, *Resoconto della vita e delle opere di Adam Smith*
- 38 Carlo Lottieri, *Il pensiero libertario contemporaneo*
- 39 Benjamin Constant, *La libertà degli antichi paragonata
a quella dei moderni*

- 40 Denis Diderot, *Tre racconti*.
Questa non è una novella. Madame de la Carlière.
Supplemento al Viaggio di Bougainville
- 41 Giancarlo Bagarotto, *Tenera è la legge*
- 42 Anatole France, *Crainquebille*
- 43 Otto Kirchheimer, *Giustizia politica*
- 44 Platone, *Minosse o della legge*
- 45 Francesco Cossiga, *Discorso sulla giustizia*
- 46 Giancristiano Desiderio, *Le nova e la frittata*.
Filosofia e libertà in Benedetto Croce, Hannah Arendt, Isaiah Berlin
- 47 Teodoro Klitsche de la Grange, *Apologia della cattiveria*
- 48 Ayn Rand, *Antifona*
- 49 Étienne de La Boétie, *Discorso sulla servitù volontaria*
- 50 Antonio Martino, *Semplicemente liberale*
- 51 Novello Papafava, *Proprietari di sé e della natura*.
Un'introduzione all'ecologia liberale
- 52 Mark Twain, *Lettere dalla Terra*
- 53 Mandeville, *Sociabilità. Vizi privati, benefici pubblici*
- 54 Fabio M. Nicosia, *Beati possidentes*
- 55 Bruno Leoni, *Il diritto come pretesa*
- 56 Besançon, Mathieu, Minogue, Pellicani, Salin, Nolte, Revel, *Islam e occidente*
- 57 Thomas Paine, *Senso comune*
- 58 Giancristiano Desiderio, *Il Bugiardo Metafisico*.
Discorso su libertà, verità, violenza
- 59 Hans-Hermann Hoppe, *Democrazia: il dio che ha fallito*
- 60 Helmut Schoeck, *L'invidia e la società*
- 61 Nicola Matteucci, *Usare concetti non parole. Eguaglianza e politica*
- 62 Paul Driessen, *Eco-imperialismo. Potere verde, morte nera*
- 63 Francisco Pérez de Antón, *Il gatto in sacrestia*.
Origine e ragioni del declino della Chiesa cattolica nel mondo
- 64 Robert H. Bork, *Il giudice sovrano. Coercing virtue*
- 65 Margaret Cheney, *Tesla. Un uomo fuori dal tempo*
- 66 Robert G. Ingersoll, *Orazioni di un miscredente*
- 67 Julie Allard, Antoine Garapon, *La mondializzazione dei giudici*.
Nuova rivoluzione del diritto
- 68 Douglas Little, *Orientalismo americano. Stati Uniti e Medio Oriente dal 1945*
- 69 Charles Adams, *For Good and Evil*.
L'influsso della tassazione sulla storia dell'umanità
- 70 Raimondo Cubeddu, *Le istituzioni e la libertà*
- 71 Thomas E. Woods jr., *La Chiesa e il mercato*.
Una difesa cattolica della libera economia
- 72 Vittorio Mathieu, *Perché punire. Il collasso della giustizia penale*
- 73 Paolo L. Bernardini, *America. Un liberale guarda alla terra della libertà*
- 74 Antonio Martino, *Liberalismo quotidiano*
- 75 Giancristiano Desiderio, *Lo spirito liberale. A cosa serve la filosofia*

- 76 David Gelernter, *Americanismo. La quarta grande religione d'Occidente*
- 77 Claudia Mayer, *Benedetta menzogna. Perché non possiamo vivere senza*
- 78 Eamonn Butler, *Capire Adam Smith. Enchiridio*
- 79 Dominique Enright (a cura di), *Il sorriso del bulldog.
Maliziose arguzie di Winston Churchill*
- 80 Pierluigi Barrotta, Sebastiano Bavetta, *Il liberalismo nell'età dei conflitti*
- 81 Benjamin Constant, *Le reazioni politiche. Gli effetti del Terrore*
- 82 Benjamin Constant, *Lo spirito di conquista e l'usurpazione*
- 83 Ron Paul, *La terza America. Un manifesto: The Revolution*
- 84 Mark Thornton, *L'economia della proibizione*
- 85 Mary Ann Glendon, *Verso un mondo nuovo.
Eleanor Roosevelt e la Dichiarazione Universale dei Diritti Umani*
- 86 Luigi Einaudi, Salvatore Valitutti, *La libertà della scuola*
- 87 Massimo Arcangeli, *Il Medioevo alle porte*
- 88 Tibor R. Machan, *Generosità. Virtù civile*
- 89 Chantal Delsol, *Elogio della singolarità. Saggio sulla modernità tardiva*
- 90 Charles Murray, *Cosa significa essere un libertario*
- 91 Ron Paul, *End the Fed. Abolire la banca centrale*
- 92 Vittorio Frosini, *La democrazia nel XXI secolo*
- 93 Richard A. Epstein, *Scetticismo e libertà.
Una difesa moderna del liberalismo classico*
- 94 Joseph A. Schumpeter, *Passato e futuro delle scienze sociali*
- 95 Kenneth Minogue, *La mente liberal*
- 96 Voltaire, Clemente XIII, Generoso Salomoni, Gregorio XVI,
Amadio Zangari, *Sui libri malvagi*
- 97 Jacques Vergès, *Gli errori giudiziari*
- 98 Silvia Cecchi, *Giustizia relativa e pena assoluta.
Argomenti contro la giuridicità della pena carceraria*
- 99 John Caldwell Calhoun, *Disquisizione sul governo*
- 100 Vilfredo Pareto, *Il mito virtuosista e la letteratura immorale*
- 101 Jacques Vergès, *Quant'erano belle le mie guerre!*
- 102 Gary A. Anderson, *Il peccato. La sua storia nel mondo giudaico-cristiano*
- 103 Jacques Vergès, *Giustizia e letteratura*
- 104 Peter Forsskål, *Pensieri sulla libertà civile [1759]*
- 105 Pietro Di Muccio de Quattro, *Il golpe bianco di Edgardo Sogno*
- 106 Guido Vitiello, *Non giudicate. Conversazioni con i veterani del garantismo*
- 107 Mario Lentano, *La memoria e il potere.
Censura intellettuale e roghi di libri nella Roma antica*
- 108 John Witte jr., *Diritto e protestantesimo.
La dottrina giuridica della Riforma luterana*
- 109 Stéphane Hessel, *Agli indignati di questa Terra! Dalla protesta all'azione*
- 110 Melchor de Macanaz, *Testamento de España.
(Da un manoscritto del XVIII secolo)*
- 111 Fiandaca, Cecchi, Di Rosa, Bonetti, Della Dora, *Sulla pena.
Al di là del carcere*

- 112 Teodoro Klitsche de la Grange, *Funzionarismo*
- 113 Richard Millet, *Lingua fantasma. Elogio letterario di Anders Breivik*
- 114 Giancristiano Desiderio, *Vita intellettuale e affettiva di Benedetto Croce*
- 115 Adelino Zanini, *Adam Smith. Morale, giurisprudenza, economia politica*
- 116 Pascal Salin, *Liberiamoci!*
- 117 Thomas Hodgskin, *Crimine e Potere. Due lezioni londinesi*
- 118 Guido Calogero, *Quaderno laico. Un'antologia*
- 119 Paolo Bonetti, *Breve storia del liberalismo di sinistra. Da Gobetti a Bobbio*
- 120 Antonio Baroni, *Il caso K.*
- 121 Mario Lentano, *Il paradiso e l'inferno degli imperialisti.
Una polemica sull'aldilà nella Roma antica*
- 122 S. Cecchi, G.Di Rosa, T.E.Epidendio, *Partire dalla pena.
Il tramonto del carcere*
- 123 Walter Block, *Difendere l'indifendibile II.
Libertà in ogni campo della nostra vita*
- 124 Giancristiano Desiderio, *La verità forse.
Piccola enciclopedia del sapere filosofico, dai Greci allo storicismo*
- 125 Christian Welzbacher, *Il folle radicale del capitale.
Panopticon e Auto-Icona di Jeremy Bentham*
- 126 Yonathan Netanyahu, *Lettere*
- 127 Pietro Di Muccio de Quattro, *L'ideologia italiana.
Dialogo tra Callido e Stolido*
- 128 Giancristiano Desiderio, *Lo scandalo Croce.
Quel vizio insopportabile della libertà*
- 129 Richard Millet, *L'antirazzismo come terrore letterario*
- 130 Herbert Spencer, *L'uomo contro lo Stato*
- 131 Philip Booth, *Dottrina sociale cattolica ed economia di mercato*
- 132 Aldo Maria Valli, *266. Jorge Mario Bergoglio Franciscus P.P.*

* Pierre Lemieux, *L'anarco-capitalismo*

* In preparazione

LIBERILIBRI 62100 MACERATA CORSO CAVOUR, 33
TEL. 0733 231989/232438 FAX 0733 231750
www.liberilibri.it ama@liberilibri.it